REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento"

(Siete Partidas: Partida 1a. Título I, Ley XIII)

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

Tercera Parte

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLVIII — Número 2399

Bogotá, D. E., Colombia — Año 1978

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLVIII

1978

TERCERA PARTE

SALA DE CASACION PENAL



BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1984

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

SALA PLENA

Doctores LUIS SARMIENTO BUITRAGO, **Presidente.**
JOSE EDUARDO GNECCO CORREA, **Vicepresidente.**
Horacio Gaitán Tovar, Secretario (hasta el 6 de abril).
Carlos Rojas, Secretario (desde el 7 de abril).

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, **Presidente.**
Luis F. Serrano A., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Guillermo González Charry** (hasta el 19 de octubre).
Antonio Alvira (desde el 20 de octubre).
Luis Carlos Sáchica.
Luis Sarmiento Buitrago.
Hernando Tapias Rocha.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ALBERTO OSPINA BOTERO, **Presidente.**
Horacio Gaitán Tovar, Secretario (hasta el 6 de abril).
Carlos Rojas, Secretario (desde el 7 de abril).

MAGISTRADOS: Doctores **Aurelio Camacho Rueda** (hasta el 2 de marzo).
Héctor Gómez Uribe (desde el 3 de marzo).
José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Ricardo Uribe Holguín.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores JESUS BERNAL PINZON, **Presidente.**
José Evencio Posada, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Jesús Bernal Pinzón.**
Fabio Calderón Botero.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Julio Salgado Vásquez (hasta el 7 de marzo).
Dante L. Fiorillo Porras (desde el 8 de marzo).
Pedro Elías Serrano Abadía.
José María Velasco Guerrero.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores **JUAN HERNANDEZ SAENZ, Presidente.**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Jerónimo Argáez Castello.**
Alejandro Córdoba Medina (hasta el 12 de marzo).
Fernando Uribe Restrepo (desde el 13 de marzo).
José Eduardo Gnecco Correa.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.
Juan Hernández Sáenz.
Hernando Rojas Otálora.

RELATORIAS

RELATORES: Doctores **María Teresa Garcés de Angel,** Sala Constitucional 1978.
Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Hernando Guevara Peñafiel, Sala Civil.
Manuel A. Vanegas Mendoza, Sala Laboral.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA PENAL — DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON

RELATOR SALA LABORAL — DOCTOR MANUEL A. VANEGAS MENDOZA

RELATOR SALA CIVIL — DOCTOR HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL — DOCTORA Ma. TERESA GARCES DE ANGEL

DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLVIII - Enero a Diciembre de 1978 - Bogotá - Colombia - Número 2399

JURADOS DE CONCIENCIA

No constituye nulidad constitucional ni mucho menos legal el hecho de que actúa en una audiencia pública un jurado que fue sorteado para ello, pero cuyo nombre fue excluido de la lista con posterioridad al sorteo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número ...

Bogotá, D. E., enero 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué dictó, con fecha 24 de febrero del año pasado, sentencia de segunda instancia por medio de la cual confirmó, en todas sus partes la proferida por el Juzgado Primero Superior de Honda el día 19 de noviembre de 1976 en la cual decidió absolver a José Faber Varón Acosta de los cargos que se le habían formulado por el delito de homicidio cometido en Rodolfo Varón Ortiz el 29 de junio de 1974 en la región de La Sierra, perteneciente al Municipio de Lérida en el Departamento del Tolima.

Contra la providencia primeramente mencionada interpuso la parte civil recurso de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que también encontró ajustada a derecho la demanda por medio de la cual lo sustentó el recurrente.

Llegado el momento de fallar, a ello se procede previo resumen de los hechos y de las alegaciones de las partes.

Hechos y actuación procesal

Tuvieron lugar los primeros en el sitio y día ya mencionados y dentro del establecimiento de cantina de Luz Mery Lozano, en el cual se suscitó una discusión entre José Faber Varón Acosta y Rodolfo Varón Ortiz, el último de los cuales dijo al otro en el curso de ella "hijueputas godos que se han quedado mamando por un millón de votos", lo que provocó la ira de su contrincante, quien hizo fuego, por una vez, contra Varón Ortiz, siendo de advertir que éste, además de insultarlo, le dio puñetazos y puntapiés. La herida que recibió Varón Ortiz en el abdómen produjo, según la autopsia "shock peritonítico agudo" que determinó la muerte del lesionado cuando ya había sido conducido al hospital y operado.

Por auto de 30 de enero de 1975 el Juzgado Primero Superior de Honda llamó a juicio a José Faber Varón Acosta por el delito de homicidio simplemente intencional con la atenuante prevista en el artículo 28 del ordenamiento penal sustancial. Apelada esta providencia tanto por la parte civil como por el defensor y el mismo procesado, el Tribunal la confirmó, sin modificaciones, por medio de la suya de 21 de mayo del año mencionado.

Adelantada la causa se hizo sorteo de jurados el 11 de diciembre del mismo año. Resultaron sorteados Eudoro León, Carlos Lamprea Rengifo y Carlos Ernesto Ordóñez, como principales (folio 577).

La audiencia pública se llevó a cabo el 13 de septiembre de 1976 con la asistencia de los jurados que se acaban de mencionar. En ella se sometió a estos el cuestionario de rigor que fue contestado en la siguiente forma: "No es responsable porque obró en legítima defensa".

El juzgado aceptó el veredicto y lo desarrolló en la sentencia que se deja citada al comienzo de la presente. Otro tanto hizo, según se deja dicho, el Tribunal.

Demanda de casación

Un solo cargo formula el demandante a la sentencia recurrida y lo hace en el marco de la causal cuarta de casación porque considera que se incurrió en nulidad de rango constitucional consistente en haber intervenido en la audiencia pública el jurado Eudoro León, a quien el Tribunal había excluido el 19 de agosto de 1976 de la lista de jurados por ser mayor de sesenta años.

Estima el recurrente que tal circunstancia hacía incompetente a dicho jurado para intervenir en la vista pública por cuanto, a su entender, la exclusión, de la lista le quitaba capacidad para desempeñar dicha función.

El hecho de la exclusión lo demostró el propio apoderador de la parte civil ante el Tribunal por medio de certificación del juzgado, pero fue rechazada por aquél la alegación de nulidad que ahora reitera ante la Corte.

Respuesta de la Procuraduría

Sostiene el Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado Penal que carece de fundamento el cargo atrás resumido, pues el hecho de haber sido excluido de la lista el jurado León no lo incapacitaba para intervenir en la audiencia para la que ya había sido sorteado, sino que sólo surtía efectos posteriores a la exclusión. Agrega que la ley no ha elevado esa situación a la categoría de nulidad y cita lo dispuesto por el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal para apoyar su afirmación de que el cargo de jurado debe desempeñarse aun después de la exclusión de la lista.

Consideraciones de la Corte

Asiste plena razón, a juicio de la Sala, al señor Agente del Ministerio Público en las alegaciones que se dejan resumidas en el aparte anterior.

En efecto, el citado artículo 552 del Código de Procedimiento Penal que establece que "los jurados ya sorteados deberán desempeñar el cargo aunque se haya vencido el término del año para el cual hubieren sido designados" aunque se refiere al hecho de que el nombre de un jurado no haya sido incluido en la lista del año siguiente, muestra el criterio del legislador sobre el particular o sea el de que una vez sorteado un jurado su investidura como tal persiste, aunque deje de figurar su nombre en las listas, bien sea porque el Tribunal no lo incluya, por alguna razón, en ellas, bien porque pueda alegar la excusa de que trata, en primer término, el artículo 526 del ordenamiento citado la cual está establecida en beneficio de la persona que haya llegado a los sesenta años y a quien se le permite alegar esa circunstancia para exonerarse de seguir prestando ese servicio a la justicia, pero que debe actuar como jurado si en una determinada causa ha sido sorteado antes de que llegue a la edad en mención o de que se le excluya de las listas.

Y es que el mismo nombre dado por el legislador a esta situación al llamarla "excusa" y no impedimento o darle otra denominación semejante a esta última indica que es, más que todo, un derecho del jurado para pedir que se le excluya de las listas si se trata de una excusa absoluta o de intervenir en un caso determinado si se trata de una relativa.

La investidura de juez de hecho que recibe una persona al ser sorteada no puede desaparecer sino en los casos expresamente mencionados por la ley, por ejemplo, cuando el veredicto dictado por un Tribunal de conciencia es declarado contrario a la evidencia de los hechos, caso en el cual se convoca un nuevo jurado (artículo 557 del Código de Procedimiento Penal).

Por eso la ley establece momentos procesales especiales para que los jurados manifiesten sus

impedimentos, o para que se les recuse que son el de la notificación de la elección para lo primero y el del sorteo para lo segundo (artículos 543 y 546 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente).

Pasadas tales coyunturas la investidura persiste para el resto del juicio, salvo, claro está, el caso del artículo 557 ya mencionado.

Significa lo anterior que no constituye causal de nulidad constitucional ni mucho menos legal el hecho de que actúe en una audiencia pública un jurado que fue sorteado para ello, pero cuyo nombre fue excluido de la lista con posterioridad al sorteo.

No prospera, en consecuencia, el cargo examinado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala 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.

JUZGAMIENTO DE LOS RECLUTAS AUXILIARES DE LA POLICIA NACIONAL

El juzgamiento de los reclutas auxiliares de la Policía, corresponde a la Policía y no a las Brigadas del Ejército

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 24134.

Aprobado: Acta número 2.

Bogotá, D. E., enero 23 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se trata de dirimir el conflicto de competencia que se ha suscitado entre el Comando del Departamento de Policía del Tolima y el Comando de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué, respecto del juzgamiento del recluta auxiliar de Policía, Jairo Peña Pinzón por el presunto delito de deserción.

La colisión

El Comando del Departamento de Policía del Tolima mediante providencia del 26 de octubre de este año se declara incompetente para conocer de este asunto y señala como funcionario del conocimiento al Comando de la Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué, pues considera que Jairo Peña Pinzón, a quien se acusa por el delito de deserción, se encontraba como Auxiliar de Policía prestando su servicio militar obligatorio, circunstancia que no le daba la calidad de miembro de la Policía Nacional, sino la de simple soldado, recibiendo una instrucción especializada.

Por su parte, el Comando de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué rechazó la competencia propuesta, en providencia del 9 de noviembre último, por entender que los Comandos de Policía tienen plena capacidad "... para atender todos los aspectos relacionados con disciplina, ley y orden, respecto de esta nueva modalidad híbrida de soldados y agentes de policía ...", ya que el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar le otorga competencia a los Comandantes de Unidades de Policía Nacional "... para que conozcan en primera instancia de los juicios penales militares contra suboficiales y personal de tropa de la respectiva Unidad...", lo que ratifica el artículo 5º del Decreto 750 de 1977 al determinar "... que para todos los efectos operativos, las unidades del cuerpo auxiliar en servicio, quedarán sometidas a la jurisdicción y mando de los Comandantes de los Departamentos de Policía respectivos ...". Y, finalmente, agrega "... que por el hecho de que se trata de individuos que están prestando un servicio asimilado al servicio militar obligatorio, no puede desvirtuarse la condición de dependencia de aquéllos sobre estos ...", ni ser óbice para que no puedan sancionarlos penalmente.

Se considera

El artículo 3º de la Ley 2ª de 1977, que autorizó la prestación del servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, dispone:

"... El personal de que trata la presente ley, quedará sometido a las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar ...".

Ese estatuto, que en el Decreto 0250 de 1958, no solamente contempla los delitos en que pueden incurrir los miembros de las Fuerzas Armadas, sino que establece el procedimiento a seguir, esto es, que señala, entre otras cosas, la competencia funcional de los diversos organismos castrenses. Dicho reenvío demuestra que, en ese aspecto, no

se ha producido modificación alguna y confirma la voluntad de la citada ley de mantener las competencias predeterminadas en el Código de la materia.

En tal virtud, el inciso final del artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar, prescribe:

"... La competencia para conocer de un asunto penal militar, depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde ésta se haya cometido ...".

En el caso concreto sub examine, *se tiene:*

Es cierto que el acusado pudo cometer el delito de deserción, propio de quienes prestan el servicio militar obligatorio (factor normativo); que la conducta punible la ejecutó en la ciudad de Ibagué (factor objetivo); y, que Jairo Peña Pinzón, en el momento de consumar el presunto ilícito, tenía la calidad de Agente Auxiliar de la Policía (factor subjetivo).

Que el nombrado infractor tiene status *militar resulta incuestionable, porque la Ley 2ª y el Decreto 750, ambos de 1977, tuvieron por objetivo primordial facilitar la prestación del servicio militar obligatorio y habilitar a la Policía Nacional en la preparación especializada de ese personal para su futuro ingreso a la institución. Esto significa que el procesado, y quienes se encuentran en la misma situación pertenecen a la Policía como miembros adscritos a ella bajo su mando directo.*

El artículo 309 del Código de Justicia Penal Militar, precisa:

"... Por regla general, los sindicados serán juzgados por los miembros de la misma fuerza a que pertenezcan, salvo las excepciones de este Código ...".

De conformidad con esta norma los llamados Agentes Auxiliares deben ser juzgados por la Policía, sin que puedan argumentarse razones en contrario porque precisamente el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar establece esa competencia, al disponer:

"... Los Comandantes de Unidades de Policía (hoy Divisiones) conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los suboficiales y personal de tropa y civiles de las compañías de la respectiva Unidad ...".

Norma en la que encaja perfectamente el Cuerpo de Auxiliares de Policía que allí está prestando el servicio militar obligatorio, bajo la denominación amplia de "personal de tropa", expresión genérica que comprende, sin lugar a dudas, a ese personal militar uniformado.

Podría decirse, a pesar de lo expuesto, que las fuerzas de Policía no son competentes para conocer del delito de deserción, por prohibición expresa del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, cuyo tenor es el siguiente:

"... 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 IV, Libro II ...".

Pero, resulta que esta excepción pertinente cuando se expidió el citado Código, porque para ese entonces en las Fuerzas de Policía no se prestaba el servicio militar obligatorio, ha quedado sin efecto por la nueva ley (Ley 2ª de 1977) que creó "... un servicio especial equivalente ..." al servicio militar obligatorio, introduciendo un nuevo personal subordinado a sus respectivos comandantes.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión de competencias planteada en el sentido de decidir que ella corresponde plenamente a la Policía Nacional —Comando del Departamento de Policía Tolima con sede en Ibagué—, a donde se ORDENA enviar este proceso. COMUNÍQUESE esta resolución al Comando de la Sexta Brigada del Ejército acantonada en esa ciudad.

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.

ROBO

Circunstancias que lo configuran (artículo 404 del Código Penal). La Corte recoge la jurisprudencia sobre el robo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 3, enero 26 de 1978.

Bogotá, D. E., febrero 7 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alcides López Castro, contra la sentencia de 9 de agosto de 1976, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de la misma ciudad, le condenó, junto con otros, a la pena principal de sesenta meses de presidio y a las accesorias de rigor, por el "delito de robo agravado".

Hechos y actuación procesal

Por el Tribunal de segunda instancia han sido presentados de la siguiente manera que también es traída tanto por el apoderado en casación como por el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Por mal comportamiento, en el sentido de honradez, Israel Rodríguez López había sido despedido de su oficio de cantinero en el establecimiento denominado 'Portón Gaucho', el dieciséis de abril del pasado año (1974) y en la noche del veinticinco al veintiséis del mismo mes y año, en el citado negocio se consumaba la sustracción ilícita de un equipo de sonido con todos sus accesorios, una greca, sesenta y cuatro discos y algunas botellas de licor, todo lo cual fue estimado por su dueño o coopropietario (sic) en suma aproximada de veinte mil pesos, quien, además, se permitió consignar sus sospechas contra su exempleado por la circunstancia diciente, desde luego, que no había habido violencia sobre las cosas, que el candado que aseguraba la puerta había desaparecido y dicho señor, el sospechoso, '... por algunas dos o tres veces se nos olvidó en el negocio y él las cogía y se las llevaba para la casa ...', refiriéndose a las llaves".

En virtud de denuncia formulada por José Joaquín Vanegas Bernal, el Juzgado 53 de Instrucción Criminal el día 30 de abril de 1974 inició la correspondiente investigación. Practicadas algunas pruebas y oídos en indagatoria los sindicados, el 10 de mayo del mismo año el juez instructor decretó la detención preventiva de Manuel Guillermo Lozano García, Alcides López Castro e Israel Rodríguez López dentro de estas diligencias, "como autores del delito de robo" (folios 39 y siguientes). Recogidas otras pruebas, fue enviado el sumario al juez competente y, en reparto, le correspondió al Diecisiete Penal del Circuito (folio 198). El 21 de noviembre del año antes indicado se cerró la investigación (folio 205). Por auto de 9 de enero de 1975 el juzgado del conocimiento abrió causa criminal contra Israel Rodríguez López y Manuel Guillermo Lozano García por el ilícito antes dicho y sobreseyó definitivamente en favor de José Antonio Mejía y Alcides López Castro (folios 213 y siguientes).

Subidas las diligencias al Tribunal por apelación del defensor de los enjuiciados y también en consulta, la Corporación confirmó los enjuiciamientos, revocó los sobreseimientos definitivos consultados y, en su lugar, llamó a responder en juicio a Alcides López Castro "por el delito de robo por el cual fueron llamados a juicio sus compañeros de sindicación" y ordenó "se compulsen copias para juzgar, por separado, al indagado señor José Antonio Mejía Sánchez, por el delito de encubrimiento" (folios 252 y siguientes). Se abrió el juicio a prueba (folio 288), se celebró la respectiva audiencia pública (folios 301 y siguientes) y, finalmente, se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia referenciadas en los vistos de la presente, habiéndose producido el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda y el concepto del Ministerio Público

1º Con fundamento en la causal primera de casación, el demandante formula dos cargos contra la sentencia impugnada y, con invocación de la cuarta, uno, así:

Causal primera:

Primer cargo. Lo enuncia: "La sentencia impugnada infringe la ley sustantiva por interpretación errónea, como quiera que el juzgador interpretó el artículo 404 del Código Penal, en cuanto a la llave se refiere, como si esta circunstancia, por sí sola diera al ilícito la entidad prevista por el artículo 402 del Código Penal, con su pertinente agravación, toda vez que las normas mencionadas no pueden tener tal interpretación".

Para sustentarlo, expone: aun cuando el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal prevé como circunstancia agravante el uso de llaves, como ese acto por sí solo no implica violencia, ya que así se abre normalmente una puerta, no puede tomarse "como constitutivo del elemento violencia para la configuración del robo, y menos puede hablarse en sano derecho de que tal conducta agrave un robo, cuando este robo, por ausencia de violencia no ha existido". Se estaría ante hurto, pero no ante robo y menos agravado. Para poder dar aplicación a los artículos 402 y 404 del estatuto penal, "tiene que haber además, violencia". La sentencia interpretó en forma errada el numeral 3º del artículo 404, pues "estableció que el solo uso de la llave en forma no violenta era un elemento configurativo del delito de robo". Cita una sentencia de la Corte tendiente a configurar sus argumentaciones.

Segundo cargo. Enunciado: La sentencia violó también la ley sustantiva por indebida aplicación de los artículos 402 y 404 del Código Penal y 9º de la Ley 21 de 1973.

Lo argumenta así: Israel Rodríguez abrió la puerta del establecimiento sin ejercer violencia alguna, pues lo hizo con la misma llave del local que de tiempo atrás portaba y que se le entregó al posesionarse como empleado del establecimiento. El Tribunal reconoce ese hecho "pero consideró que en virtud de haber usado una llave para abrir la puerta sin el consentimiento del propietario, había ubicado la conducta delictiva dentro del marco del artículo 402, con la agravación establecida por el 404 del Código Penal. Lo anterior determinó que en la sentencia recurrida se hubiera violado la ley sustancial, ya que se aplicaron indebidamente las dos normas que acabo de mencionar, y esto conllevó también a que en perjuicio de mi representado se aplicara indebidamente el artículo 9º de la Ley 21 de 1973". La norma aplicable era, al hallar responsabilidad, la 397 del Código Penal "con la reforma prevista por la Ley 21 de 1973, artículo 7º, en concordancia con el numeral 4º del artículo 398 del Código Penal, por cuanto se trataba de una conducta de hurto y no de robo". Entonces, se violaron los artículos ya citados y el 409 del mismo estatuto y también el 1º del Código Penal, ya que los sentenciados lo fueron a una sanción "que no se halla establecida en ley alguna como punitiva de la conducta de que dan cuenta los hechos de este proceso". En consecuencia debe casarse el fallo impugnado y dictarse el que deba reemplazarlo.

Causal cuarta:

Cargo único. Que presenta como subsidiario de los anteriores.

Lo enuncia así: "El juicio que dio origen a la sentencia impugnada, estuvo viciado de nulidad a partir del auto calificatorio y, desde luego esta nulidad involucra el fallo recurrido" (Código de Procedimiento Penal, artículo 580, numeral 4º).

En orden a demostrarlo repite los mismos argumentos que trae para formular el primer cargo por la causal primera y, entonces, como se está frente a un delito de hurto y no de robo, desde el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, lo cual está consagrado como nulidad en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

También dice que se violó el artículo 215 del Estatuto Procesal Penal, ya que se dictó senten-

cia condenatoria "sin haber prueba alguna respecto de los elementos constitutivos y más concretamente del de violencia en la infracción por la que se llamó a juicio". Por tanto solicita se case la sentencia.

Concepto del Ministerio Público

Para el Ministerio Público la impugnación a través de la causal primera es improcedente, por cuanto que, en el caso de prosperar, habría que casar la sentencia y dictar la que debiera reemplazarla (Código de Procedimiento Penal, 583-1), lo cual en su criterio, no podría efectuarse, pues el cargo, en el fondo, implica nulidad por errada calificación de la infracción y, entonces, habría que invalidar el trámite, sin que quedara la posibilidad de proferir fallo en el momento actual.

Consideraciones de la Corte

Examinada cuidadosamente la demanda se encuentra que los tres cargos que formula y que se han dejado reseñados, aun cuando se fundamentan sobre dos causales distintas, giran en torno a una misma argumentación: el haber tomado como violencia la utilización de llaves para abrir la puerta del establecimiento del cual fueron sacados los artículos de propiedad ajena, sin que, en realidad, se hubiera presentado, en criterio del censor, violencia de ninguna índole. De esa afirmación concluye que hubo interpretación errónea del numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, aplicación indebida de las normas que se señalaron y nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción. El orden lógico indica que debe examinarse en primer término el cargo relacionado con la nulidad, para sacar de ese estudio las consecuencias de rigor.

Causal cuarta:

Cargo único. Se recuerda: hubo error en la denominación jurídica de la infracción, porque se está frente a un delito de hurto y no de robo, por lo cual la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, siendo ésta la consagrada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Se responde

No se está frente a un error en la denominación jurídica de la infracción, como se pretende en la demanda, porque la simple redacción de la parte inicial del invocado artículo 404 del Código Penal no implica una referencia a la norma 402 del mismo estatuto en forma que presuponga, necesariamente, que debe preceder la conducta descrita en este último para que se den los agravantes que consagra el primero, ya que si así fuera, lo menos que podría consignarse es que la regla primeramente mencionada es redundante, pues vuelve a exigir, en algunas de las modalidades que contempla, el empleo de la fuerza. Se trata, pues, de modos comportamentales que el legislador sanciona más severamente por razones de política criminal, puesto que, en casos como el presente, "la defensa privada resulta impotente contra los delincuentes que no se detienen ante la acción restrictiva de una cerradura. La protección social debe ser tanto más enérgica y asidua, cuanto mayores son los obstáculos de origen privado que ha salvado el malhechor para cometer su delito", según acertado criterio de Irureta Goyena.

De otra parte, cuando se usan llaves sustraídas o falsas, lo mismo que cuando se penetra en un lugar cualquiera mediante escalamiento, ya se está en presencia, por voluntad de la ley (Código Penal, artículo 404), de una forma de violencia, no material o moral, sino presunta, por cuanto esas modalidades comisivas de la conducta punible han sido asimiladas a la fuerza por obra del legislador, fenómeno no extraño al derecho penal colombiano, el cual, en varias disposiciones ha presumido la fuerza, como ocurre con la violencia carnal de que trata el inciso 2º del artículo 316, llamada con razón "ope legis" o aún en el mismo capítulo referente al robo, con la modalidad consistente en abusar de la debilidad de un menor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Causal primera. *Cargos primero y segundo:*

Habiéndose llegado a la conclusión que viene de presentarse sobre la base de que se está frente a un delito de robo y no de hurto, no hay que agregar consideración alguna sobre los dos cargos formulados al amparo de la causal primera ya que, según lo expuesto, no hubo interpretación errónea del artículo 404 del Código Penal ni aplicación indebida de esa misma norma ni de los artículos 402 del citado estatuto ni del 9º de la Ley 21 de 1973, como lo pretende el censor.

Por tanto tampoco prospera ninguno de estos cargos.

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 9 de agosto de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Jesús Bernal Pinzón y José María Velasco Guerrero.

Los suscritos Magistrados nos separamos de la sentencia de mayoría, muy respetuosamente, con las razones que sirvieron a la Sala para proferir el fallo de 8 de marzo de 1974 que ahora cobran pleno valor, y que se reproducen a continuación:

"Dicho en otras palabras, la censura no acepta que el artículo mencionado contenga entre sus numerales categorías específicas de robo agravado que no necesitan para su configuración de la violencia real, sino que en sus casos concretos, el legislador la finge o presume. Dichas hipótesis serían la primera de su numeral 1º, la del numeral 2º, y las del numeral 3º en los apartes que rezan con escalamiento de muros; con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

... ...

El legislador colombiano, a diferencia de otros extranjeros, pero en coincidencia con algunos de ellos, no hizo del robo circunstancia agravante del delito de hurto, ni de éste un tipo básico fundamental cuya aplicación específica sería el delito de robo, sino dos categorías autónomas, que reglo en capítulos separados, aunque dentro del mismo título del Código Penal.

Una y otra categoría de ilícitos exhiben circunstancias peculiares de agravación, y otras de naturaleza genérica y de aplicación a los dos.

Es evidente, como lo sostiene la doctrina tradicional de la Corte y lo comparte el salvamento de voto, que algunas de las circunstancias de agravación prescritas en el artículo 404 podrían ser comunes al delito de hurto, tales como la primera, en cuanto con él se compadece, o sea si se cometiere en despoblado. *O la del numeral segundo* si los autores, siendo más de tres estuvieren organizados en cuadrilla permanente. *Y dos de las circunstancias previstas en su numeral tercero* con escalamiento de muro; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

Pero las equivocaciones del legislador, sus incongruencias, no pueden ni deben serle corregidas por los jueces, cuya tarea, en sus más altos niveles, persigue la unificación de la jurisprudencia, al favor de la más rigurosa y estricta interpretación de la ley, pero sin rebasar sus alcances y sin disminuirlos, pues en ello consiste la más reiterada forma de su violación.

Las presunciones y las ficciones legales son de uso discreto por el legislador, y de carácter excepcional. Por lo mismo deberán prescribirse en forma expresa, concreta, específica, de modo que no den lugar a equívocos. Y los jueces han de interpretarlas por idéntico modo, restrictivamente, como corresponde a su índole peculiar. Esto es importante, muy especialmente en el Derecho Penal, materia que exige los más finos criterios de precisión, lo mismo en el legislador que en el intérprete, con miras a garantizar la libertad humana que no ha de verse restringida sino en los casos singulares, claramente puntualizados en el estatuto represor.

La pena de robo —dice el artículo 404— será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

1. Si se cometiere en despoblado o con armas. Es decir, si el robo se llevare a efecto dentro de esas precisas circunstancias. La una hace referencia al lugar, o sea en despoblado, *y la otra al medio empleado para ejecutar la violencia:* o con armas.

2. Si los autores, siendo más de tres, estuvieron organizados en cuadrilla permanente.

Este apartado, por referirse a la organización en sí de los sujetos activos del delito que deben ser más de tres y estar organizados en cuadrilla permanente, por sí solo, sin la sustracción de cosa mueble ajena acompañada de violencia, sería irrelevante jurídicamente si no fuese porque, en ello, ser más de tres, organizados en forma permanente y con el propósito de cometer delitos, consiste la asociación para delinquir.

3. "Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con

llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

Tres hipótesis contempla este numeral 3º. La primera, o sea cometer el delito con perforación o fractura de pared, techo o pavimento, puerta o ventana, por la violencia que entraña, configura el robo, que se agrava por el hecho de practicarse aquella en lugar habitado o en sus dependencias. La comisión se hace extensiva en las hipótesis restantes al robo con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, que son modos específicos de su ejecución. De las tres hipótesis, solamente una "... perforación o fractura de pared, techo o pavimento ..." lleva implícita la forma de la sustracción que se agrava en el supuesto allí contemplado y la ejecución en lugar habitado o en sus dependencias.

Aquí la violencia es condición expresa de la ejecución del hecho, y la presencia de lugar habitado, circunstancia inexcusable de agravación.

Lo propio ocurre cuando el hecho se comete con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregados a él, por mandato expreso del artículo 404 del Código Penal, son circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente, que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.

Como el numeral 4º hace referencia directa a la violencia ejercitada sobre las personas, de modo específico, excusa el comentario de la Corte, ya que aquí la forma de ejecución de la violencia se traduce en agravante.

Cuando el precepto se analiza en su conjunto, en forma articulada, aparece claro que la intención del legislador fue la de establecer en él circunstancias agravantes del robo que el artículo 402, inmediatamente anterior, define como el apoderamiento de cosa mueble ajena, por medio de violencia a las personas o a las cosas, o de amenazas, o abusando de la debilidad de la víctima (artículo 8º, Ley 21 de 1973).

El artículo habla de dos formas de violencia. Violencia física común a las personas y a las cosas. Violencia moral, privativa de las personas.

Aquí sí el legislador estableció una presunción inequívoca, cuando dijo o abusando de la debilidad de la víctima, *sin especificarla, por manera que el simple abuso de la debilidad física o mental es equiparable, para los efectos de la tipificación del robo, a la violencia.*

Ninguna otra ficción distinta de la establecida en el acápite del artículo 402 contiene el capítulo del Código Penal correspondiente al delito de robo. Y las que como tales se han querido entrever en el artículo 404, como figuras autónomas de ese delito, en confusa mezcla con circunstancias agravantes del mismo, no lo son, y, por el contrario, cada una de ellas exige como condición de su posibilidad, la preexistencia del robo al que accede como circunstancia agravante específica, todas traducen una forma adverbial de tiempo, modo o lugar, de ejecución de la violencia como elemento típico del robo —en despoblado, o con armas, con fractura de techo, pavimento, de lugares habitados, etc.—, o la presupone como antecedente o consecuente al escalamiento de muros, o al uso de llaves falsas o a la constitución de tres o más personas en cuadrilla permanente para delinquir y del caso en que la violencia imposibilita a las víctimas, con ataduras o mordazas.

Es evidente que en legislaciones foráneas el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas o sustraídas, de ganzúas u otro elemento cualquiera, apto para abrir cerraduras o vencer seguridades, sin violencia, seguido de la sustracción de cosa mueble ajena, es constitutivo de robo agravado, porque así lo ha querido su legislador, consagrando en forma expresa esta figura de excepción.

No es este el caso colombiano. Como ya se dijo, nuestro legislador en el Título XVI, Capítulos I y II del Código Penal, instituyó el hurto y el robo como figuras autónomas y estableció agravantes comunes a los dos en los artículos 398, 399 y 403 del Código Penal, específicas del robo las de su artículo 404.

Y si la doctrina de la Corte tiene admitido que el escalamiento califica el robo sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias, pues no implica siempre violencia, asimilado como ha sido a ella por una ficción legislativa, al igual que el uso de las llaves legítimas sustraídas por el agente, o de llaves copiadas, o el uso de ganzúas o artefactos de parecida índole, luego de meditar una vez más sobre el problema ha llegado a la conclusión que se precisa en los párrafos anteriores, que compaginan mejor con el contexto del artículo 404 y sirve, no cabe duda, para informar con su espíritu el sentido de cada uno de sus numerales, correlacionándolos armónicamente y haciendo que su naturaleza y circunstancias agravantes conserven su unidad dentro de sus modalidades diferentes.

De aplicación universal son los principios de hermenéutica jurídica que aconsejan interpretar las leyes prohibitivas sin buscarles razones de analogía para extenderlas en su aplicación a casos no expresamente comprendidos en ellas. Esta clase de normas reviste carácter excepcional y aun en materias civiles deben interpretarse restrictivamente, pero siempre y con mayor estrictez en materia penal. Con razón ha dicho la Corte que las excepciones no deben contraerse hasta el extremo de sustraer de su imperio casos que en ellas quedan expresamente comprendidos. Ni cobrar magnitud más allá de sus límites al extremo de transgredir su naturaleza para convertirse en reglas. Los dos extremos configuran errores manifiestos. Mas si lo desfavorable u odioso de una disposición no ha de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su significado, cuando ella admite dos interpretaciones parificables, vale decir, igualmente lógicas, la odiosa o desfavorable debe ceder paso franco a la más benigna en que consiste el principio de favorabilidad.

Por este modo, la Corte recoge la doctrina anterior de que se hace mérito en esta providencia y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 404 del Código Penal contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo, que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carácter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo, cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente".

Así las cosas, no encontramos razón ninguna valedera para cambiar el criterio que sirvió de sustento a nuestras anteriores decisiones.

Fecha ut supra.

Jesús Bernal Pinzón, José María Velasco Guerrero.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DOSIMETRIA PENAL

Dos son los principios fundamentales de la dosimetría penal que consagra el estatuto vigente. Señala un mínimo y un máximo de la sanción imponible, cuyos extremos no puede desconocer el juzgador y establece pautas para que éste discrecionalmente tase su monto dentro de esos límites precisos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23610.

Aprobado: Acta número 10.

Bogotá, D. E., febrero 9 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, proferida el 25 de febrero de 1977 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que confirmó la del 3 de diciembre del año anterior del Juzgado Segundo Superior de esa ciudad que condenó a Pedro Agustín Quiñones Morales como autor del delito de homicidio en Carlos Martínez Martínez y absolvió al mismo procesado por homicidio y robo en perjuicio de Ventura Castro Tolosa. La única modificación que introdujo el Tribunal, fue reducir la pena a diez años de presidio.

Hechos

Como la sentencia se impugna en cuanto condena por el homicidio en Carlos Martínez Martínez, los hechos en relación con ese delito, según el fallador de segunda instancia, fueron los siguientes:

"... El día quince de junio del año pasado (1975) estaba Pedro Agustín Quiñones en la casa de la señora María Emma Martínez viuda de Martínez, en la que el primero habitaba y se hallaba alojado hacía algo más de un año y en cuyo hogar había recibido hospitalidad y ayuda económica. Prácticamente era considerado como de la casa, y aún más, tenía relaciones amorosas con Emma Martínez Martínez, hermana de Carlos Martínez. En las horas de la tarde del citado día Quiñones Morales tuvo un comportamiento extraño y provocador contra los moradores del hogar nombrado, pues primero fue regando algún veneno en las habitaciones que hacía intolerable la permanencia allí, y luego fue introduciendo hasta las propias piezas de habitación una vaca a la que antes había azotado, causando disgunto entre los dueños de la casa. Vino el reclamó justo de algunos de ellos, ante los cuales Quiñones Morales se manifestó en tono agresivo y pendenciero diciendo "que si no les había gustado" y de que "para eso estaba pagando arriendo en tal casa", tomando al mismo tiempo una escopeta. Todo esto acaeció alrededor de las cuatro o cinco de la tarde, tiempo dentro del cual no se hallaba allí Carlos Martínez, o al menos no se notó su presencia, quien posteriormente resultó muerto. Ya entre las seis y media o siete de la noche, sin provocaciones ni disgustos previos, Agustín Quiñones se armó de una escopeta que tenía en la misma habitación, y en forma inopinada disparó su escopeta contra Carlos Martínez en quien hicieron impacto ochenta y cuatro proyectiles de arma de fuego que le perforaron el miocardio y le produjeron anemia aguda que extinguieron su vida en instantes. En forma disimulada y aparentando no ser el autor, Quiñones Morales se alejó del sitio manifestando que se iba en búsqueda de un carro para trasladar al herido. Pero en verdad tal actitud fingida no tuvo otro objeto que el de ocultar su huida del

lugar de los hechos, sin que hubiese recibido lesión alguna como lo manifestaron personas que luego lo vieron en Galán en la misma fecha entre las ocho y nueve y media de la noche cuando pretendía que alguien le hiciese una carrera a cualquier precio (folios 298, 299, cuaderno 1º, original) ...".

Actuación procesal

El 17 de junio de 1975 el Juzgado Promiscuo Municipal de Barichara dictó auto cabeza de proceso con base en la diligencia de levantamiento del cadáver de Carlos Martínez Martínez, denuncia de Socorro Martínez de Martínez y declaración de Emma Martínez Martínez.

El 19 de septiembre de ese año el dicho juzgado decretó la detención preventiva de Pedro Agustín Quiñones Morales por el delito de homicidio.

El 22 de enero de 1976 la fiscalía del juzgado del conocimiento pidió llamamiento a juicio, por el delito mencionado, para Quiñones Morales.

El 24 de febrero del mismo año el Juzgado Segundo Superior de San Gil llamó a responder en juicio al procesado en la forma solicitada por el Ministerio Público.

El 27 de marzo siguiente la Fiscalía del Tribunal solicita que el auto encausatorio se confirme.

El 31 de mayo el Tribunal confirma integralmente la decisión de instancia.

Este proceso fue acumulado al que por homicidio y robo se seguía en el mismo juzgado contra Quiñones Morales por homicidio y robo en Ventura Castro Tolosa, y efectuada, la audiencia pública en ambos procesos, el jurado de conciencia emitió por mayoría veredicto condenatorio en aquél y de absolución para éste.

El 3 de diciembre de 1976 el juzgado del conocimiento profirió sentencia acogiendo la veredicción. Y, el 25 de febrero de 1977 el Tribunal Superior de San Gil confirmó ese pronunciamiento con la modificación anotada.

La demanda

Al pedir la infirmación parcial del fallo el recurrente hace una síntesis de los hechos, del desarrollo procesal y de los fundamentos de la pena impuesta en primera y segunda instancia.

Al amparo de la causal primera de casación (numeral 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) formula a la sentencia los siguientes cargos:

a) "... Error de derecho por interpretación errónea del artículo 34 del Código Penal, lo cual llevó a su indebida aplicación y reflejándose el yerro en un incremento ilegal de la sanción impuesta ...".

Para demostrar su aserto dice que el criterio de dosificación de la pena consignado por el juez fue acogido por el Tribunal que como aquél consideró a su representado reincidente primario "... sin que realmente lo sea ..." de conformidad con el artículo pertinente del Código Penal y cuya interpretación apoya en una sentencia de la Corte, para significar que la reincidencia "... se fundamenta en sentencia condenatoria anterior y no en delito o delitos tomados en cuenta en una misma sentencia ...", de este modo advierte que su mandante solamente ha tenido una condena anterior, y concluye: "... Por tanto, no es reincidente, pues mal puede tomarse la que es objeto del recurso de casación, que no se encuentra en firme, como operante para tener a Quiñones Morales como reincidente ...". Más adelante agrega: "... Incurrió aquí en yerro de derecho, por indebida interpretación del inciso del artículo 34 del Código Penal transcrito, la sentencia acusada, y esta indebida aplicación del precepto en cuestión condujo a que se incrementara la pena señalada a mi mandante en *tres* años de presidio, con igual indebido incremento en las sanciones accesorias sujetas a término ...".

"b) '... Incurre en yerro manifiesto ... al tomar en cuenta la impertinente reincidencia y la circunstancia de mayor peligrosidad de que se ocupa el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, puesto que sería desprender dos consecuencias de un mismo hecho, con infracción del principio general de Derecho Penal del *non bis in idem* ...' ".

"c) ... Es también equivocada de manera manifiesta la consideración que hace el juzgador, para desprender la circunstancia de mayor peligrosidad que define el numeral 3º del mismo artículo 37 del Código Penal, de haber procedido mi representado por motivos innobles o bajos, puesto que desconoce lo que luego acepta por haberlo reconocido el jurado: que los hechos ocurrieron dentro de una riña imprevista ...".

"d) ... La gravedad del hecho está contemplada en el mismo precepto que sanciona el homicidio ...", y afirma que de simples sindicaciones "... que ni siquiera ponen de presente una mala conducta ..." también el sentenciador

"... incurre en el error de mencionar el mismo asunto que es objeto del recurso de casación...".

"... Con semejantes equivocaciones; tomando en cuenta la gravedad del hecho, como si la ley no lo conjugara para determinar la elevada pena de presidio que indica el artículo 362 del Código Penal; señalando como mala conducta el cúmulo de sindicaciones, como si estas dieran cuenta, de manera segura, de ser cierto el hecho delictuoso y de que el acusado lo haya realizado; tachando de alta peligrosidad a quien apenas ha sufrido una condena anterior y llega a un caso de homicidio porque fue provocado en riña y por tanto llevado a estado de ira (el fallo acepta la riña imprevista que declaró como haberse presentado el *juri*), con estos yerros, aunados a la indicación de circunstancias de mayor peligrosidad, que no se tienen, como se ha visto, se buscó imponer la sanción máxima al recurrente ...".

Concepto del Procurador

Solicita a la Corte que niegue las pretensiones del recurrente, pues en su sentir ninguno de los cargos prospera. Al efecto arguye:

"a) ... no se advierte en cuanto *al aumento por reincidencia,* que se incurriera en violación directa de la ley, como se alega; por cuanto habiendo sido condenado con anterioridad el procesado, como se encuentra demostrado, era aplicable la norma pertinente y consecuente, el aumento en la sanción con base en tal norma se halla fundado; los términos de la disposición son claros en cuanto a que procede el aumento en la tercera parte de la sanción correspondiente para la primera reincidencia, lo cual ocurre en este caso ...".

b) A pesar de que encuentra fundada esta tacha, aduce:

"... pero debe advertirse que según lo expresado anteriormente, se consideró que no procedía el mínimo de la sanción y en consideración a la personalidad del procesado, que se estimó revelaba peligrosidad, dada la forma como se desarrollaron los hechos y los antecedentes de este ...", asegura que no se deduce error suficiente para modificar la sanción.

c) Expresa que por los mismos motivos "... carece de incidencia el reparo al cual se refiere *el tercer cargo,* toda vez que se demostraron los antecedentes del hecho y lo que revela la personalidad del procesado ..." y porque el reconocimiento de la riña imprevista por parte del jurado no obliga al fallador a imponer la pena mínima, ya que debe tener en cuenta los otros factores contemplados en el artículo 36 del Código Penal.

d) Acepta que la gravedad del hecho está inmersa en la sanción prevista por la ley mediante un mínimo y máximo dentro de cuyos extremos se mueve el juez para dosificarla "... por manera que si como queda dicho, para fijar la pena imponible el Tribunal tuvo en cuenta lo expresado, no se demuestra error ...".

La Corte considera

Todos los cargos que presenta el recurrente están dirigidos a establecer que el fallador violó de manera directa la ley sustancial al hacer la dosificación de la pena impuesta. En este cometido se acoge a la causal primera de casación que consagra el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

1. En el cargo a) propone la violación de la ley por interpretación errónea del artículo 34 del Código Penal que condujo a su aplicación indebida, al considerar reincidencia donde no existe.

La simple enunciación del pretendido yerro demuestra que el censor considera que la mencionada norma no podía aplicarse porque su mandante sólo tiene una condena anterior y la que aquí se ha producido no puede computarse, "... pues mal puede tomarse la que es objeto del recurso de casación, que no se encuentra en firme, como operante para tener a Quiñones Morales como reincidente ...".

El argumento resulta contrario al sentido verdadero del aludido precepto. Basta leerlo con atención para comprender que estructura ese concepto sobre la preexistencia de una sentencia condenatoria y la comisión posterior de un nuevo delito por la misma persona. Caso en el que se impone la sanción que al último ilícito corresponde, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás. Esto significa que para este especial efecto siempre se tiene en cuenta el delito que se está juzgando y que es materia del nuevo fallo condenatorio.

Si el actor acepta que Pedro Agustín Quiñones Morales tiene una condenación anterior por delito y que cometió el que es objeto de este recurso, no cabe duda que se está ante una primera reincidencia que autoriza el aumento de la pena, en una tercera parte, como lo dispusieron los jueces de las instancias.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2. *En los ordinales b), c) y d) alega que el fallador dedujo circunstancias de mayor peligrosidad de manera indebida, así: de la sentencia de condena anterior extrajo dos consecuencias al parecer excluyentes para agravar la pena: la reincidencia del artículo 34 del Código Penal, y la circunstancia prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la misma codificación; contrariando el veredicto que reconoce que el procesado obró en riña imprevista le endilga motivos bajos e innobles de conformidad con el numeral 3º del citado artículo; y, finalmente, de simples anotaciones delictivas, entre las que se encuentran aquellas por las cuales fue juzgado en este proceso, toma fundamento para incrementar la sanción.*

Dos son los principios fundamentales de la dosimetría penal que consagra el estatuto vigente: señala un mínimo y un máximo de la sanción imponible, cuyos extremos no puede desconocer el juzgador; y establece pautas para que éste discrecionalmente tase su monto dentro de esos límites precisos. Este último aspecto, que es el que impugna el recurrente, se encuentra regulado por los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código Penal. Tal conjunto de disposiciones tiende a conformar el criterio de mayor o menor peligrosidad, pero cualquiera de ellas es capaz de concretarlo con eficacia suficiente para fijar el quantum *de la sanción. No propiamente las circunstancias de mayor peligrosidad (artículo 37 del Código Penal) y las de menor (artículo 38 del Código Penal) constituyen derroteros únicos para ese señalamiento, también los indicados en los artículos 36 y 40 del Código Penal tienen esa virtud. De suerte que si el sentenciador se equivoca al reconocer aquellas, pero acierta al precisar estas, puede, según el caso, resultar bastante para fundar el criterio de peligrosidad y para justificar una determinada sanción.*

Aunque tiene razón el demandante en sus críticas a las circunstancias de mayor peligrosidad del artículo 37 del Código Penal que tuvo en cuenta el juzgador, olvidó la discrecionalidad que asiste al juez en este aspecto, y no advirtió que las sentencias de primera y segunda instancia se basaron, además, en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del agente, como lo autoriza el artículo 36 del Código Penal. Apreciaciones rectoras de una atinada tasación dentro de los límites señalados por la ley.

Entonces, si concurrieron otros factores determinantes del incremento de la sanción, con fuerza legal para alcanzar la cuantía objetada, los posibles errores del fallador no tuvieron incidencia decisiva en su dosificación.

Por tanto, estos cargos tampoco prosperan.

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 del veinticinco de febrero del año próximo pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

DOLO Y CULPA

En muchos casos no es posible la coexistencia del dolo y la culpa en una misma conducta, pero se puede dar especialmente cuando se está en presencia de dos resultados

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 11.

Bogotá, D. E., febrero 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Surtidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesta por el procesado Saúl Ochoa contra la sentencia de 21 de abril de 1977 del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual se le condenó a la pena principal de quince años y un mes de presidio como responsable de homicidio en la persona de su esposa Helda Flórez de Ochoa y de lesiones personales culposas en su menor hija Gloria María, según hechos ocurridos el 23 de marzo de 1976 en la ciudad de Bucaramanga.

Hechos y actuación procesal

Por razones de orden económico y pasional la pareja formada por el procesado y su esposa Helda Flórez de Ochoa se vio seriamente comprometida, hasta el extremo de llegar a la separación y luego de la intervención de diversas autoridades judiciales a donde acudieron los cónyuges a ventilar sus desavenencias.

El procesado Saúl Ochoa que se desempeñaba como conductor de una radiopatrulla de la Policía Nacional, en cumplimiento de su trabajo haciendo un recorrido rutinario, pasó por frente de la vivienda que ocupaba su esposa y alcanzó a divisar en el fondo a su pequeña hija Gloria María "cuya custodia tenía él a raíz de la separación, y que días antes se la había arrebatado la esposa ... penetró rápidamente a la vivienda con el objeto de llevarse a la niña, pero entonces se interpuso la esposa y madre produciéndose un forcejeo por la posesión de la niña, forcejeo al cual puso fin el agente policial extrayendo su revólver y vaciándolo sobre la indefensa esposa lesionando de paso a la pequeña hija ...".

Las primeras diligencias las practicó el Inspector Permanente de Policía y luego el Juez Setenta y dos de Instrucción Penal Militar, más tarde el Juzgado Quinto de Instrucción, y finalmente el Tercero de la misma categoría que una vez perfeccionada la investigación la envió a los superiores en donde fue calificado el proceso por el Juzgado Cuarto con auto de llamamiento a juicio por los delitos de homicidio agravado, por razón del vínculo y lesiones personales culposas, en concurso, providencia que fue confirmada por el Tribunal.

Celebrada la audiencia pública el jurado contestó afirmativamente los cuestionarios propuestos por el juez de derecho, con el reconocimiento de la atenuante del artículo 28 del Código Penal. La sentencia se dictó con base en el veredicto y al resolverse la apelación interpuesta por el defensor, el Tribunal la confirmó y es ella la que ha sido objeto de la censura en casación.

La demanda de casación

Con apoyo en la causal cuarta de casación el recurrente formula un único cargo que hace consistir en que se incurrió en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción (artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal), y de paso se desconocieron las formas propias del juicio con violación del artículo 26 de la Carta. "El error, expresa el memorialista, consistió en titular una misma conducta que dio origen a un concurso ideal de delitos de homi-

cidio y lesiones personales, como doloso y culposo simultáneamente, siendo así que se trata de dos proposiciones excluyentes entre sí''. En desarrollo de tal premisa solicita se declare la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio del mismo.

Luego de una serie de consideraciones marginales sobre los alcances de las normas constitucionales, que nada tienen que ver con el problema que se examina, y de citas de doctrinantes sobre las distinciones del dolo y la culpa, etc. El recurrente sostiene que no es posible el concurso de las dos formas de culpabilidad —dolo y culpa— por lo que, se repite al admitirlo así el Tribunal, erró en la denominación jurídica del delito.

Respuesta del Procurador

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal responde los cargos y solicita a la Corte "negar las peticiones de la demanda". Los argumentos del Ministerio Público se examinan en seguida.

Se considera

Aun cuando como se verá en seguida, no se sabe precisamente cuál es el interés del recurrente al solicitar la anulación del proceso para que se dé al delito cometido por su patrocinado una denominación jurídica diversa, que seguramente sería más gravosa para el mismo, debe considerarse que si bien en muchos casos no es posible la coexistencia del dolo y de la culpa en una misma conducta, en el de autos, la calificación que se dio a la ilicitud es correcta, no solamente porque la versión del procesado en cuanto a la falta de intención de causar daño a su pequeña hija, encontró respaldo en el proceso, sino, fundamentalmente, porque se está en presencia de dos resultados: homicidio y lesiones frente a los cuales es perfectamente posible que se presenten las dos formas de la culpabilidad. Si sólo se hubiera causado el homicidio o las lesiones, sería jurídicamente absurdo calificar el hecho con una mixtura psicológica que comprendiera tanto el dolo como la culpa.

Ahora bien, ya se dijo, y así lo observa el Procurador, no se sabe qué calificación diversa ha debido darse al delito, y tampoco ha dicho el casacionista en qué forma se efectuó la situación del procesado con esa errada calificación. Y, finalmente, de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, debe descartarse la existencia de la pretendida nulidad legal, por cuanto la calificación que se hace del delito en el auto de proceder "se refiere al género de la infracción (artículo 483 del Código de Procedimiento Penal), lesiones personales (en este caso) dentro del cual se comprende el delito cometido por el acusado en su pequeña hija ... por manera que si la infracción se calificó conforme al género de delito respectivo ... no se advierte ... que se incurriera en error alguno, ni menos que se ocasione nulidad".

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Por las razones 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 ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

PECULADO Y FALSEDAD

Elementos: material, sujeto activo, acción típica y dolo. Concurso material

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 10.

Bogotá, D. E., febrero 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Cumplida la audiencia pública en la presente causa contra el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama ex Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, por los delitos de falsedad en documentos y peculado que motivaron su llamamiento a juicio, corresponde a la Corte proferir sentencia de mérito.

Hechos

En el auto de proceder de 5 de agosto de 1976 se sintetizaron en la siguiente forma:

"1º El General Ordóñez Valderrama fue designado Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, cargo del cual tomó posesión el día 10 de agosto de 1970, y permaneció en él hasta el 11 de agosto, inclusive, de 1974.

2º Para atender a las funciones de su cargo, tales como las de velar por la seguridad interior y exterior del Estado y el régimen institucional, el General Ordóñez recibió durante el lapso a que se contrae el numeral anterior la suma de dos millones trescientos veintiocho mil setecientos seis pesos con noventa y seis centavos, con carácter de fondos reservados, y obtuvo, en cada ejercicio contable el finiquito correspondiente de la Contraloría General de la República.

3º Estos fenecimientos constan en resoluciones emanadas de la Contraloría. Fueron aportadas al expediente con el informe rendido por los peritos contadores de la Procuraduría General de la Nación, Gustavo Lora Cubillos y Jaime Moreno Camacho —Anexo 4— por solicitud del abogado José Antonio Pedraza Picón, el día 25 de marzo de 1976.

4º La totalidad de los fondos reservados o especiales recibidos por el General Ordóñez Valderrama durante el tiempo que permaneció al frente del Departamento Administrativo de Seguridad, se depositaron en cuentas corrientes particulares suyas, abiertas por él, a su nombre, en el First National City Bank, números 198-978, 276-421 y 0413-747, sucesivamente. En las dos últimas, el General Ordóñez Valderrama consignó exclusivamente cheques de procedencia oficial girados a su favor por el Pagador General del DAS.

5º Los hechos denunciados por el Visitador Fiscal de la Contraloría General de la República, Jacinto Novoa Mendoza, fueron sometidos a confrontación por los visitadores fiscales de la misma entidad, Luis E. Guzmán Bonilla y Alberto Ramírez G., quienes adelantaron su cometido en asocio del señor Juez Ochenta y cuatro de Instrucción Criminal, doctor Alejandro Suárez Vega, en obedecimiento a lo ordenado por el Magistrado sustanciador en auto de 6 de agosto de 1975.

6º El movimiento contable de las cuentas corrientes señaladas en el numeral 4º acusa, a partir de 1971, los siguientes saldos anuales:

1970, diciembre 31	$ 122.170.66
1971, diciembre 31	$ 563.414.66
1972, diciembre 31	$ 804.710.66
1973, diciembre 31	$ 368.191.76
1974, agosto 29	$ 412.37

7º El General Ordónez Valderrama suscribió con el General José Joaquín Matallana Bermúdez, el 20 de septiembre de 1974 el Acta número

002-J, con el fin de hacerle entrega "del estado de los fondos reservados del departamento".

8º En los últimos días del año de 1972, antes de vencer el ejercicio contable correspondiente, según Acta número 003 del día 18 de diciembre, el General Ordóñez Valderrama reintegró al Pagador General del Departamento Administrativo de Seguridad la suma de nueve mil ochocientos cinco pesos que estaban a su cargo y, para hacerlo, giró un cheque por la misma suma contra la cuenta corriente Nº 27198, abierta por él en el Banco Santander bajo el rubro "Bienestar Social del DAS", puesto que —lo dijo en su indagatoria— para esa fecha carecía de fondos reservados, cuyos primeros avances se le hicieron en el mes de marzo de 1973.

9º Sin embargo, que según Acta número 003 de 18 de diciembre de 1972, no quedaron en poder de la Jefatura del DAS sumas disponibles para atender gastos reservados, el General Ordóñez Valderrama giró a favor del señor doctor Rafael Azuero Manchola en enero y febrero de 1973 dos cheques por valor de doscientos mil pesos y cien mil pesos, respectivamente, y uno tercero en abril del mismo año, igualmente por la suma de cien mil pesos, a buena cuenta del precio de un inmueble de propiedad suya, comprado por el Ministerio de Obras Públicas, con destino al Departamento Administrativo de Seguridad en la ciudad de Neiva, en la suma global de seiscientos mil pesos, que dicho Ministerio cubrió al vendedor el día 10 de mayo de 1973.

10. Los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama a favor del doctor Rafael Azuero Manchola lo fueron contra la cuenta 276-421, abierta por el primero en el First National City Bank, para depositar los fondos reservados o especiales, que, para atender a la seguridad del Estado, le eran entregados por el pagador del mismo organismo. Corresponden a los números 987058, 987059 y 987061 de 25 de enero, 9 de febrero y 25 de abril de ese año.

11. Como reserva para eventuales gastos que pudieran presentarse en los meses de enero y febrero de 1973, en los cuales, por lo general, no se reciben duodécimas de los fondos asignados presupuestalmente, el General Ordóñez Valderrama disponía de la suma de cincuenta y seis mil pesos. Aparecen en el Acta número 003 con la siguiente indicación: F. R. a Seccionales. Con ella constituyó el General un pequeño fondo rotatorio (véase su indagatoria). Pero nunca se emplearon en gasto alguno que conste documentalmente y fueron devueltos, al parecer, a su sucesor en septiembre de 1974.

12. Cuando según Acta número 003 de 18 de diciembre de 1972, el General Ordóñez Valderrama, en su carácter de Director del Departamento Administrativo de Seguridad no disponía sino de cincuenta y seis mil pesos (F. R. a Seccionales), demostrado como está en autos —informe de los abogados contadores de la Procuraduría General de la Nación, Anexo 4— que en enero y febrero de 1973 no se le situaron fondos por la Pagaduría del DAS, giró a favor del doctor Azuero Manchola, de su cuenta particular del First National City Bank, en la que depositaba los fondos oficiales, dos cheques por doscientos mil y cien mil pesos, respectivamente. Su saldo disponible era, en verdad, en la misma cuenta corriente, de ochocientos cuatro mil setecientos diez pesos con sesenta y seis centavos.

13. El 10 de mayo de 1973 el doctor Rafael Azuero Manchola recibió el cheque por valor de seiscientos mil pesos, por el cual se le canceló el precio del inmueble vendido al Ministerio de Obras Públicas, con destino a las instalaciones del Departamento Administrativo de Seguridad en la ciudad de Neiva y, luego de consignarlo en su cuenta corriente número 201-10467 del Banco Santander en Bogotá, ese mismo día giró el cheque número 317686, a favor del General Jorge Ordóñez Valderrama por los cuatrocientos mil pesos recibidos por él. Este cheque fue consignado por el beneficiario, no en la cuenta corriente reservada a los depósitos oficiales, o sea 276-421 del First National City Bank, sino en otra cuenta suya, también particular, que cursaba en el Banco de Bogotá, en esta capital, como fue comprobado por el Magistrado sustanciador en diligencia de Inspección Judicial practicada allí, con la asesoría de expertos contadores, en asocio del doctor José Antonio Pedraza Picón, apoderado de aquél".

Actuación procesal

Jacinto Novoa Mendoza en su calidad de Visitador Fiscal Investigador de la Contraloría General de la República, presentó denuncio penal contra el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, ex Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, por los delitos de falsedad en documentos y peculado. Ratificado, por auto de 6 de agosto de 1975, se declaró abierta la investigación. Y dentro de ella se oyó en indagatoria al acusado, se allegaron numerosas pruebas documentales y se recepcionaron varios testimonios.

Por auto de 25 de febrero de 1976 se dispuso la detención del General (r) Jorge Ordóñez Val-

derrama y el embargo de sus bienes inmuebles y cuentas corrientes bancarias existentes en el First National City Bank y en el Banco de Santander. Resueltos los varios pedimentos de la defensa, el 2 de junio de 1976 se clausuró la etapa investigativa y, por auto de 5 de agosto siguiente se lo llamó a responder en juicio criminal. La parte resolutiva de este proveído dice:

"Llamar a responder en juicio al señor General, en uso de buen retiro, Jorge Ordóñez Valderrama, de las notas civiles conocidas en autos, por los delitos de peculado, en cuantía superior a los tres mil pesos ($ 3.000.00), y falsedad en documentos públicos, que el Código Penal prescribe y sanciona en el Título III —Delitos contra la Administración Pública— Capítulo I y en el Título VI —Delitos contra la fe pública—, Capítulo II.

El General Ordóñez Valderrama continuará privado de libertad porque los delitos de peculado y falsedad carecen del beneficio de excarcelación.

La Secretaría de la Sala citará al procesado y le notificará personalmente el auto de proceder. Se le harán las advertencias del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase".

Presentado recurso de reposición contra el auto de proceder, mediante auto de 18 de octubre de 1976 fue negado. Abierto el juicio a prueba, la defensa solicitó pruebas testimoniales, periciales y documentales, las que fueron practicadas, en lo posible. Se citó para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública, cuyas sesiones se iniciaron el 19 de septiembre último.

Elementos de juicio:

Concepto del Ministerio Público

Dice en sus pasos pertinentes:

Pruebas incriminantes

El portentoso cuerpo de pruebas formado a lo largo del plenario y que arrojó la evidencia suficiente e innegable para colocar al ex Director del DAS en la crítica e indefensible situación que ocupa en las postrimerías de su juzgamiento, adquirió fisonomía indestructible en el análisis que la honorable Sala de Casación Penal hizo en la providencia que negó la reposición que del auto de enjuiciamiento planteara el señor defensor, estudio contable realizado sobre los extractos bancarios presentados en la declaración rendida por el Jefe de Cuentas Corrientes del First National City Bank, los estudios de contabilidad efectuados por visitadores fiscales de la Contraloría General de la República y por funcionarios de la Procuraduría General de la nación, lo mismo que por los extractos bancarios que suministró al honorable Magistrado sustanciador personalmente el General (r) Ordóñez Valderrama en diligencia de indagatoria.

La solidez de las realidades matemáticas del análisis crítico a que se viene haciendo referencia, fue fuente que alimentó terminantemente la convicción al Ministerio Público sobre la responsabilidad del ex Director del DAS y que inexorablemente tendrá que decretarse en la sentencia, no ya como presunto culpable de los delitos de falsedad en documentos públicos y de peculado, sino como real ejecutor de ellos. Por aceptarse el consejo que da la economía procesal, no se reproducen los pasajes pertinentes de la providencia aludida, pero sí se hace incondicional adhesión a ella.

Acta número 003 de diciembre 18 de 1972

El dieciocho (18) de diciembre de 1972 el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, por medio del Acta número 003, firmada conjuntamente por los señores Ministros de Gobierno, Relaciones Exteriores y Defensa, e igualmente por el Contralor General de la República, legitimó y adquirió finiquito por diferentes rubros destinados por el mismo Ordóñez Valderrama para cubrir variados objetivos. En dicha acta se llevó a la columna de *haber*, como egresos, la suma de cincuenta y seis mil pesos ($ 56.000.00) con etiqueta de "Fondos Reservados" a las oficinas seccionales del DAS. Para concatenar los hechos que a la postre fueron subsumidos en el modelo abstracto dibujado por el legislador para formar el delito de peculado, como también en el otro que se destina para dar perfiles al punible de la falsedad en documentos públicos, es indispensable hacer relación entre dicha acta y la levantada para hacer la entrega de la dirección del DAS en 1974 por Ordóñez Valderrama a su sucesor Mayor General José Joaquín Matallana Bermúdez. Se vio que en la primera se hizo figurar la suma de cincuenta y seis mil pesos ($ 56.000.00) como egresos en calidad de "Fondos Reservados" y las seccionales del DAS en el país, habiéndose obtenido el finiquito de dicha acta, mientras que

en la segunda, la misma partida se hace acreditar como *débito-crédito* significándose, irrefutablemente, que ella no fue girada a las oficinas seccionales, obviamente permaneciendo tal cantidad de dinero en efectivo y en la caja fuerte de las oficinas de Ordóñez Valderrama, a su disposición, hasta tanto hizo traslado al nuevo director de la institución.

Igualmente se debe tener presente que en el mismo año de 1972, más precisamente en diciembre, cuando al legalizar las partidas gastadas debería hacer reintegro al pagador del DAS de los dineros no invertidos en las necesidades de la institución, para legalizar un faltante por nueve mil ochocientos cinco pesos ($ 9.805.00) echa mano de los fondos del Bienestar Social del DAS, pues, según él mismo lo dice en su indagatoria, carecía de fondos oficiales.

El anticipo por cuatrocientos mil pesos hecho al doctor Rafael Azuero Manchola

Debidamente acreditado en autos quedó que a mediados de mil novecientos setenta y dos, funcionarios del DAS entraron en comunicaciones con el doctor Rafael Azuero Manchola en la ciudad de Neiva a fin de adquirir un inmueble que éste tenía en dicha ciudad, para destinarlo al servicio de dicho Departamento Administrativo. Acordada la negociación y el valor de ella en convenido culminado para fines del mismo año de 1972, el vendedor doctor Azuero hizo entrega inmediata del bien raíz. Sobre el costo o valor del inmueble, que fue pagado por la Tesorería de la Nación en mayo de 1973, el General (r) Ordóñez Valderrama hizo varios anticipos al doctor Azuero Manchola así: un primero por doscientos mil pesos ($ 200.000.00), cancelado sobre la cuenta particular número 276-421 que Ordóñez Valderrama tenía en el First National City Bank. Posteriormente, en los meses de febrero y abril del mismo año, se hacen nuevos anticipos por cien mil pesos ($ 100.000.00) cada uno, en cheques que gira Ordóñez Valderrama a favor del doctor Azuero Manchola sobre idéntica cuenta en el mismo banco.

Entre los grandes interrogantes que se formulan ante el arbitrario e ilícito comportamiento del General (r) Ordóñez Valderrama se levanta acusadoramente éste: si para los meses de enero y febrero de 1973 carecía de recursos oficiales, pues que sólo para marzo del mismo año le fueron situados fondos por el Pagador General del DAS ¿cómo entonces, hizo los predichos anticipos al doctor Azuero Manchola? Unido al interrogante anterior se le puede formular al procesado otro, consecuencial del primero: si la cuenta número 276-421 del First National City Bank era alimentada con depósitos de carácter oficial, aunque su apariencia era particular, y de ella se extrajeron las sumas anticipadas al valor del inmueble adquirido en Neiva, por qué razón recurrió a fondos del Bienestar Social del DAS para cubrir el déficit de $ 9.805.00, así no se tenga en cuenta la cantidad de $ 56.000.00 que en la tantas veces mencionada Acta número 003 de 18 de diciembre de 1973 se hubiera hecho figurar en la columna de *haber* tal suma, como egresos destinados a las oficinas seccionales del DAS, con el mote de fondos reservados. En el vocatorio a juicio se da la respuesta irrefutable, así:

"La cuenta número 276-421 del First National City Bank —casa principal— fue abierta el primero de diciembre de 1971 con un valor inicial de $ 449.046.66, suma que el General Ordóñez Valderrama ordenó trasladar de la cuenta número 198-978 que en el mismo banco servía para depositar fondos oficiales. En la nueva cuenta consignó en cheques el día 23 de diciembre de 1971 $ 174.000.00 y el 29 de diciembre siguiente giró contra ella el cheque número 987051 a favor del Pagador General del DAS por la suma de $ 59.526.00, y en el mismo año legalizó gastos y obtuvo fenecimientos en cuantía de $ 623.040.66. Es decir, por el total de las sumas recibidas. No obstante, los saldos en chequera, en esa cuenta exhiben el 31 de diciembre de 1971 la cifra de $ 563.414.66. Si a esta cifra se agregan los $ 523.000.00 recibidos en 1972 se obtiene el resultado de $ 1.086.414.66, a los que deben restarse $ 281.704.00 que suman los egresos o sea los cheques girados contra esos fondos en 1972, para un saldo final, en chequera, no en actas, de $ 804.710.66, en cuyo guarismo encontró el General Ordóñez fondos de origen reservado 'suficientes para satisfacer los anticipos que hizo al doctor Azuero Manchola en cuantía de $ 400.000.00'".

De lo que se viene de transcribir brota la incuestionable realidad de la ilicitud con que actuaba el ex Director del DAS, sin que sea posible predicar explicación contraria, capaz de fundamentar y sostener cualquier exculpación que le dé asilo para evitar el tremendo peso de la responsabilidad penal a que se ha hecho acreedor. Para satisfacer los proclives fines, o sea la apropiación indebida en provecho suyo de los fondos oficiales dejados a su cuidado, se ideó y llevó a cabo el doble juego de legalizar en las respecti-

vas actas de inversión de los fondos oficiales que le situaba el Pagador General en diversos gastos, mientras que en su chequera reposaban otros demasiado diferentes de los que presentaba en las actas, en la vana creencia de que por cuanto le eran finiquitados los últimos, los primeros quedarían a buen recaudo de toda vigilancia y control para poder ejercer sobre ellos, como lo hizo, las acciones de señor y dueño, no importara la naturaleza de oficiales que por provenir del presupuesto nacional adquirían.

El aserto anterior adquiere mayor consistencia ante esta nueva realidad procesal indicativa de que la conducta del procesado Ordóñez Valderrama era una especie de plano inclinado por el cual desaforadamente la ilicitud suya corría, sin que diques ético-legales pudieran contenerla. Al recibir el doctor Azuero Manchola de la Tesorería General de la República el valor del inmueble que había vendido con destino a la Seccional del DAS en Neiva, con fecha 10 de mayo de 1973 gira un cheque contra el Banco de Santander en favor de Jorge Ordóñez Valderrama por la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00), o sea por el monto total de los anticipos que el último había hecho al primero, según explicaciones anteriores. Ordóñez Valderrama consigna dicho cheque en una de las sucursales del Banco de Bogotá en esta ciudad, donde tenía abierta y manejaba la cuenta corriente suya, esa sí eminentemente particular, lo cual quedó demostrado en la inspección judicial que a ella practicara el honorable Magistrado sustanciador, consignación que hace ahí el procesado Ordóñez Valderrama en vez de haberlo hecho, como era lo debido, lo legal, lo ético, en la cuenta número 276-421 abierta en el First National City Bank, destinada, según las reiteradas manifestaciones del mismo procesado, para guardar los fondos oficiales reservados. La ilicitud de este proceder sube en grados, si se tiene en cuenta que sobre los fondos que Ordóñez Valderrama tenía en su cuenta particular del Banco de Santander giró varios cheques para cancelar obligaciones personales suyas causadas por impuestos nacionales y distritales, como que tampoco está muy clara la definitiva situación o destino que se hubiere dado a la suma de $ 400.000.00, delictuosamente consignados en esta cuenta bancaria.

No es gratuita la acusación que corre por lo que se acaba de exponer, pues ella está respaldada en el informe pericial rendido al honorable Magistrado sustanciador por los visitadores de la Contraloría General, cuyo contexto es como sigue:

"Bogotá, D. E., febrero 19 de 1976.

"Señor doctor José María Velasco G.

"Honorable Magistrado. Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—. E. S. D.

"Referencia. Informe pericial negocio número 22044.

"Designados por la Jefatura de Visitadores e investigación de la Contraloría General de la República, con Oficio número 0047 del 17 de febrero del año en curso, en nuestra condición de visitadores fiscales designados como peritos para la compración (sic) de documentos del negocio de la referencia y posesionados legalmente por usted informamos:

"a) Conforme consta en el acta de la diligencia realizada el día de ayer en las horas de la mañana en las oficinas del Banco de Bogotá, sucursal calle 12 con carrera 6ª de esta ciudad, pudimos constatar que las fotocopias de los once cheques y nueve consignaciones que se anexan al negocio corresponden exactamente a los originales que reposan en los archivos del banco, pertenecientes al movimiento de la cuenta corriente número 026-01909-1 que nos fueron puestos de presente.

"b) El cheque número 7666 cuya fotocopia se encuentra al folio 46 y que fue girado de la cuenta corriente particular que el doctor Rafael Azuero Manchola tiene en el Banco Santander con el número 201-10467, corresponde exactamente al original que reposa en el archivo del Banco Santander y que nos fue puesto de presente conforme a la solicitud del honorable Magistrado.

"c) En cuanto a las fotocopias de los extractos bancarios de la cuenta corriente número 026-01909-1 del Banco de Bogotá, sucursal calle 12 carrera 6ª que son parte del informativo de la referencia comprendidos entre los folios 27 al 41, inclusive, constatamos que corresponden y concuerdan con los microfilmados que se encuentran en el archivo del Banco de Bogotá, casa principal que nos fueron proyectados por el señor Raúl Gómez, auxiliar de microfilmación.

"d) En relación con el carácter de la cuenta corriente número 026-01909-1 a la cual pertenecen los documentos allegados para el cotejo conceptuamos que esta es particular, por cuanto en la tarjeta de apertura solamente aparece el nombre, número de cédula y firma registrada del señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama sin ningún sello oficial, como tampoco aparecen los

requisitos fiscales que se exigen para la apertura y manejo de las cuentas corrientes oficiales, también porque fue abierta con los requisitos exigidos a particulares, esto es, con recomendaciones comerciales, en este caso de los señores Juan Beetar y Víctor Carranza, así mismo de esa cuenta se giraron los cheques números 3432 por $ 16.963.00; 4802 por $ 26.719.00; 4803 por $ 16.963.00 y 4859 por $ 23.417.00 al Ministerio de Hacienda —Impuestos Nacionales—, como el cheque número 4850 a la Tesorería Distrial - Impuestos por $ 5.611.72. Estos valores al parecer corresponden a impuestos sobre la renta y patrimonio e impuesto predial del General (r) Ordóñez Valderrama, lo que no pudimos verificar en razón al paro que adelantan los empleados del Ministerio de Hacienda.

"Con lo anterior, consideramos cumplida la comisión que se nos encomendó y nos suscribimos del honorable Magistrado.

Muy atentamente, (Fdo.) Efraín Sánchez Vásquez y Guillermo Mejía Romero. Visitadores Contraloría General (folios 191 y 192, cuaderno número 2)".

En acápite anterior se había citado el Acta número 003 como prueba incriminante, comprometedora, a la sociedad, de la ilicitud en la conducta del procesado Ordóñez Valderrama. De igual manera, por las mismas consecuencias y por la arrolladora certeza de culpabilidad que arroja, hay que invocar el Acta número 002 de 1971, pues que de la discordancia entre el fenecimiento de las cuantías expuestas en dichas actas, como gastos legalmente hechos, con los saldos en chequera o en la cuenta corriente, vale decir la 276-421 del First National City Bank, se formó, éste sí, fondo reservado, por cierto no para suplir las necesidades inherentes al funcionamiento del DAS sino a los delictuales propósitos del indagado Ordóñez Valderrama, que permitiéndole disponer *uti domine* de esas reservas bancarias, dicotomía de movimientos contables clarificada incontrastable, como se acaba de demostrar, y ratificada, aunque muy seguramente sin quererlo, quizás ante traición que le hacía el subconsciente, por Ordóñez Valderrama en su injurada.

Referente a lo anterior, en el vocatorio a juicio quedó, como conclusión irrefutable, incisiva y condenatoria esta admonición:

"Y si los fondos eran especiales, es decir, oficiales, ¿cómo pudieron llegar disponibles a la cuenta corriente número 276-421?, la respuesta es la que el sentido común enseña: los asientos contables que exhibe el Acta número 003 de 18 de diciembre de 1972 no reflejan con exactitud los gastos hechos por el General Ordóñez Valderrama del cargo a los depósitos oficiales recibidos del Pagador General del DAS en ese año. Lo propio ocurrió con los datos relacionados en el DAS en ese año. Lo propio ocurrió con los datos relacionados en el acta contable, aprobados por el Consejo de Seguridad en diciembre de 1971, y fenecidos por el Contralor General de la Nación, como pasa a verse".

La indagatoria del General Ordóñez Valderrama

Personalmente el honorable Magistrado sustanciador oyó al ex Director del DAS Ordóñez Valderrama en su injurada, ampliada, luego, en varias sesiones. Como enantes se expresó, insistentemente fue requerido para que diera las debidas explicaciones sobre las razones que le motivaron para cubrir el déficit que se le presentaba al legalizar, mediante el acta respectiva, los gastos causados por diferentes actividades de la institución que él dirigía al finalizar el ejercicio contable de 1972. Igualmente fue solicitado para que diese cuenta del por qué hizo anticipos del orden de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000) al doctor Rafael Azuero Manchola, sobre el valor total de la venta que éste hizo de un inmueble suyo a la respectiva sección del Ministerio de Obras Públicas, con destinación para el servicio de la seccional del DAS en la ciudad de Neiva. Puntos principales estos del interrogatorio que tuvieron razón de ser por cuanto, se ha repetido al cansancio, según el Acta número 003 de 18 de diciembre de 1972, el ejercicio fiscal del año siguiente, 1973, comenzaría con menos nueve mil ochocientos cinco pesos ($ 9.805.00), pese a que en poder de Ordóñez Valderrama, lo pregona esta acta, quedaba la suma de cincuenta y seis mil pesos ($ 56.000.00), dizque reservados como fondos especiales para las seccionales del DAS en el país.

Fue también preguntado Ordóñez Valderrama en sus ampliaciones de indagatoria sobre otros diferentes tópicos de sus actividades, mientras estuvo ejerciendo las funciones de Director del DAS, tales fueron el manejo de diversas cuentas bancarias en las cuales a su libre talante disponía de los dineros provenientes del Tesoro Nacional, pues que eran entregados por el Pagador General del DAS a fin de cubrir las erogaciones funcionales de dicho Departamento Administrativo, si él, es decir, el indagado, fusionaba en

dichas cuentas bancarias dineros particulares suyos con los oficiales, etc.

De las largas y, sin faltar a la verdad, pudiera decirse incoherentes divagaciones del imputado, no brotó la incólume certeza de exculpaciones atendible que justificara con legalidad de alcurnia su conducta, toda vez que, no sólo las profundas contradicciones en que cae, sino mayormente la verdad real del proceso, derrumban la presunta inocencia que tozudamente predica, golpeándolo fuertemente contra la invulnerabilidad de los ordenamientos penales sustancionales que agredió su conducta y que lo hace reo de la condena que irremediablemente tendrá que sufrir.

Argumentos de la defensa

Según escrito presentado por ella, son del tenor que sigue:

"I. *Aspectos procesales*

"Interés esencial de la defensa es el de demostrar *en este proceso* la *no responsabilidad* que al procesado se le ha atribuido en el auto de proceder. Pero como tal providencia se ocupa de algunos aspectos procesales, debo hacer referencia a ellos, para someter respetuosamente a la consideración de la honorable Sala mis puntos de vista en torno a tales cuestiones.

"A. *Incompetencia de la Corte*

"La defensa ha planteado la incompetencia de la honorable Corte para juzgar al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, por cuanto que el proceso se inició cuando éste ya había cesado en el ejercicio del cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad. Respalda su planteamiento en que *la competencia es improrrogable,* salvo disposición constitucional o legal. Tal es el caso del artículo 102, ordinal 4º, de la Constitución Nacional en que se prorroga la requerida para juzgar a altos funcionarios 'aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus actos', dándose así una prórroga del fuero en el tiempo, funcionarios dentro de los cuales no se señala al Jefe del DAS. Caso similar ocurre para otros funcionarios, en el artículo 107 de la Carta. En cambio, en el artículo 151, ibídem, que trata de la competencia para juzgar a los Jefes de los Departamentos Administrativos, no se hace la prórroga en cuestión. La distinción obedece a que el 'fuero' tiene su fundamento en la investidura".

Para replicar se ha dicho en el auto de proceder:

"La Carta prescribe condiciones previas, inexcusables requisitos de procedibilidad para el juzgamiento por la Corte del Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, sin cuyo cumplimiento no adquiere competencia. Estos funcionarios gozan de fuero pleno. Satisfechos aquellos, la Corte puede juzgarlos por violación de la Constitución y las leyes y, en su caso, no distingue entre delitos de responsabilidad y delitos comunes cometidos cuando ocupaban sus empleos.

"(...) Los Jefes de los Departamentos Administrativos y los demás funcionarios de que trata el artículo 151, numeral 2º, gozan de fuero restringido a las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan en su contra, de las cuales conoce la Corte Suprema de Justicia sin que importe que el funcionario acusado de un delito de responsabilidad, que sólo pudo cometer en ejercicio de sus funciones y por razón de las mismas, se encuentre, en el momento de su juzgamiento, fuera del cargo. De las imputaciones por delitos comunes que se le hagan a estos funcionarios conocen los jueces ordinarios competentes" (páginas 36 y 37).

Para ello se acoge la honorable Corte a la doctrina que sentó en igual sentido la jurisprudencia del 12 de febrero de 1946. Es así como concluye:

"Las precisiones de la Constitución al respecto no pueden hacerse extensivas, por analogía, a los jueces ordinarios justamente porque el fuero mira más a la naturaleza del hecho que a la calidad del funcionario ..." (página 39).

De mi parte, someto a la consideración de la honorable Sala los siguientes argumentos:

1. Factores determinantes de la competencia son la materia, el territorio, el funcional y el subjetivo o calidad o investidura de la persona juzgada. Este último da lugar al "fuero", y es *prevalente.* Es así como el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por la remisión de normas autorizadas por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal), expresa: "*Competencia prevalente.* Es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes". Igual criterio se sigue en el Código de Procedimiento Penal, artículo 39, inciso 2º, que

da *prevalencia* al factor subjetivo, al fuero, en los casos de conexidad y acumulación de procesos.

2. Consecuencialmente, decir que "el fuero mira más a la naturaleza del hecho que a la calidad del funcionario", es tanto como eliminar el factor subjetivo, para identificarlo con el objetivo, la materia o la naturaleza del hecho, son factores diferentes, autónomos, inspirados en distintas consideraciones.

3. Histórica, etimológica y jurídicamente, el fuero competente se inspira, fundamenta y explica por la *investidura* del sujeto procesado. Dos *elementos* integran el "fuero": la investidura y la competencia, siendo esta última la garantía que deriva del primero. Como suele suceder con las nociones, la causa se confunde con el efecto y con la relación que los une: fuero es tanto competencia especial como garantía. Así se explica la existencia del fuero *parlamentario* (Constitución Nacional, artículo 107) y el fuero *sindical* (Código Sustantivo del Trabajo, artículos 405 y 406) y del fuero *político*, o para altos funcionarios (Constitución Nacional, artículos 131, 102, 97 y 151).

4. Consecuencialmente, por cuanto el fuero está vinculado esencialmente a la investidura, no puede haber fuero si no hay investidura, perdida la investidura se pierde el fuero, como principio general. Es esa la razón que explica la justificación de otro principio derivado: *el fuero es improrrogable*, salvo disposición legal expresa, lo cual equivale a decir que la *competencia es improrrogable* tácitamente. Es lo que dice la doctrina universal, la jurisprudencia, y expresa el Código de Procedimiento Civil, artículo 13 (aplicable por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal): "*Improrrogabilidad de la competencia.* La competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine".

5. Por excepción, la competencia es prorrogada, a condición de que expresamente lo señale la constitución o la ley. Esa *prórroga* la autoriza taxativamente la ley teniendo en cuenta varias situaciones diversas:

a) El evento en que concurran varios *factores* determinantes de competencia, o varios aspectos del mismo factor, evento en que nuestra ley señala competencia al juez de mayor jerarquía (Código de Procedimiento Penal, artículo 39, inciso 1º);

b) Pero si concurre el *factor subjetivo*, el fuero o calidad de la persona, éste es *prevalente* (Código de Procedimiento Penal, artículo 39, inciso 2º);

c) El evento de la concurrencia de varios *factores territoriales*, caso en el cual se conoce "a prevención" (Código de Procedimiento Penal, artículo 42), y

d) Las prórrogas por razón de la *época* o *tiempo* en que se cometió el presunto delito, prórroga que *exclusivamente* se da *cuando la competencia se determina por el factor subjetivo, por el fuero.* Es el caso que contempla el artículo 102 de la Constitución Nacional, en concordancia con el 97, ibídem, según el cual son acusables los más altos dignatarios ante el Senado por la Cámara de Representantes *aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este último caso, por hechos u omisiones ocurridas en el desempeño de los mismos.* Es decir, hay prórroga por razón del tiempo en que se cometió el hecho juzgado, y *solamente* cuando ese hecho afecta la *responsabilidad política* o la responsabilidad *penal* circunscrita a los *delitos oficiales*, no a los comunes (ver Humberto Barrera Domínguez, "Juzgamiento de los altos funcionarios del Estado", Bogotá, 1962, página 105).

En este último caso, excepcional, se trata de una prórroga de la competencia por razón del fuero, que por ficción lleva implícito una supuesta prórroga de la investidura. No se prorroga por la naturaleza del hecho, sino por razón de la investidura, esto es, de la función pública. Es por ello que la prórroga se limita a las consecuencias de la misma función: a los delitos o hechos generadores de la responsabilidad política y a los generadores de responsabilidad penal por delitos oficiales. Si hay vinculación de la naturaleza del hecho en la causa de la prórroga, ella obedece a que se genera en la función pública, es decir, en la investidura, en el cargo.

Y excepcionalmente, esta prórroga sólo la aplica la ley a los más altos *dignatarios* (Presidente de la República, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejeros de Estado: Constitución Nacional, artículo 102-4º).

6. No se puede confundir el *fuero competente*, o la competencia por razón de la investidura, con las *condiciones de procedibilidad*, aunque ambos institutos constituyen garantías: aquel es el señalamiento de un juzgador especial por razón de la investidura, y éstas son condiciones para el ejercicio de la acción penal. "*Llamamos condiciones de procedibilidad a todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal.* Puesto que las condiciones

de procedibilidad se refieren a la teoría de la acción penal ...", dice Giovanni Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1963, Tomo I, página 153). El mismo maestro enseña a continuación que la competencia es presupuesto de la relación jurídico-procesal, en tanto que las condiciones de procedibilidad son presupuestos de la acción penal: si faltan los primeros, la relación procesal es inexistente; si los segundos, existe, pero es nula.

7. La prórroga de competencia determinada por el fuero que hace el artículo 102-4 de la Constitución Nacional, por razón de la función pública sin consideración al tiempo de comisión del hecho se explica por el *grado de la investidura,* no por las condiciones de procedibilidad, como parece darlo a entender el auto de proceder. El fuero no es pleno a veces, y otras restringido. El fuero es uno solo, porque el fuero es la competencia, se traduce en ella. *Lo que es restringido o pleno es el ejercicio de la acción penal,* según que la ley exija o no condiciones de procedibilidad. Es restringido, por ejemplo, en el evento de los delitos que exigen querella de parte (Código de Procedimiento Penal, artículos 15 y 321), como lo es en el caso del artículo 102-4 y 97 de la Constitución Nacional.

Nuestra Carta restringe el ejercicio de la acción penal (artículos 97 y 102-4) para *los más altos grados* de las investiduras, exigiendo como condición de procedibilidad la acusación previa de la Cámara de Representantes ante el Senado. Es que esa más alta investidura da cierta preeminencia social y política en el tiempo, aún después de haber hecho dejación del cargo, lo cual explica la prolongación temporal del fuero. Por lo mismo, para quienes no tienen esos *más altos* cargos —como los Jefes de Departamentos Administrativos, como los Contralores, los agentes consulares y diplomáticos, los gobernadores, los magistrados de Tribunales de Distrito, los comandantes, los jefes de oficinas de hacienda—, el artículo 151 de la Constitución Nacional no exige condiciones de procedibilidad (acusación en el Congreso) y no extiende el fuero y la competencia en el tiempo, sino que apenas de estos mientras ejerzan el cargo u ostenten la investidura (ver Acta 45, de 9 de julio de 1936. Comisión redactoral del Código de Procedimiento Penal).

8. Es apenas obvio, en consecuencia, que el artículo 102-4 de la Carta al ocuparse del fuero y de las condiciones de procedibilidad de *los más altos* dignatarios no distinga entre delitos oficiales y comunes, porque hasta estos últimos trasciende la preeminencia, la más alta jerarquía de los cargos. Es una prolongación que se da también en la tipificación de ciertas faltas disciplinarias de todos los funcionarios públicos consistentes en las conductas privadas que afectan el buen crédito de la administración pública (Decreto reglamentario número 150 de 1973, artículo 132, literal c).

En conclusión, como el procesado ejerció el cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad hasta el 20 de septiembre de 1974, y el proceso penal se inició el 6 de agosto de 1975, fecha del auto cabeza de proceso, debe considerarse para esta última fecha perdido el fuero y, por lo tanto, la honorable Corte Suprema de Justicia no es competente para juzgarlo por hechos que se le atribuyen como cometidos durante el ejercicio del referido cargo.

II. *Aspectos normativos*

A. *El régimen de excepción*

Indudablemente este proceso gira en torno a la definición de si constituye o no un régimen de excepción el contemplado en el artículo 40 del Decreto-ley número 3169 de 1968, modificado parcialmente por el artículo 32 del Decreto-ley número 625 de 1974, sobre manejo y control fiscal de los "fondos reservados" del DAS. El citado artículo 40 decía:

"Artículo 40. El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad podrá hacer gastos con el carácter de reservados cuando las necesidades del Departamento lo aconsejen.

"La justificación y legalización de los gastos que efectúe el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad por conceptos de gastos reservados, se hará mediante acta que levantarán: el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el Secretario General y el Pagador, la cual será presentada al Consejo de Seguridad para su aprobación; obtenida ésta y con el visto bueno del Consejo de Seguridad será presentada al Contralor General de la República para que él, personalmente, fenezca la cuenta respectiva. Los gastos por tal concepto no podrán exceder en ningún caso de la partida anual apropiada para el efecto en el presupuesto nacional".

Esta norma reproduce el artículo 64 del Decreto-ley número 1717 de 1960, estatuto éste con el cual el anterior Servicio de Inteligencia Colombiano creado por el Decreto 2872 de 1935 se

transformó en Departamento Administrativo. Además, el Decreto-ley número 3169 de 1968 fue derogado por el Decreto-ley número 625 de 1974, abril 10, pero el artículo 40 transcrito se reprodujo en el artículo 32 de este último estatuto, con la diferencia de que eliminó la aprobación del acta por parte del Consejo de Seguridad.

Del examen del artículo 40 transcrito se deduce:

1. El DAS requiere de *fondos reservados,* por las necesidades propias de la naturaleza de su servicio, el que según los Decretos 3169 de 1968 y 625 de 1974, es el de "velar por la seguridad interior y exterior del Estado y la integridad del régimen constitucional del mismo", velar, "por la tranquilidad pública", "prevenir y evitar la perpetración de hechos delictuosos", "coordinar las medidas sobre mantenimiento del orden público", y otras similares. Es obvio que el ejercicio de estas funciones exige la utilización de servicios de espionaje y contraespionaje, de delatores, de investigaciones secretas, de *permanente* vigilancia secreta, de inmediatos desplazamientos humanos, *funciones* que necesariamente exigen *fondos especiales* que, como aquellas, sean de *rápida e inmediata utilización* o aplicación, pues de no ser así entraban o paralizan el servicio, sin sujeción estricta a los mecanismos y procedimientos contables y fiscales de los fondos públicos ordinarios, caracterizados además por la publicidad, propia de la administración.

2. La *disponibilidad* de esos fondos, su aplicación a gastos reservados, la coloca tal norma en cabeza del Jefe del DAS, con la limitación de que ellos deben ser utilizados "cuando las necesidades del *Departamento* lo aconsejen" (subrayo). No dice que las necesidades del *servicio,* dos términos que pueden o no coincidir. Es obvio que el ejercicio de esa función requiere el contacto con la *Central de Inteligencia,* una dependencia del DAS, a la cual el Decreto-ley número 3169 de 1968 le atribuye funciones de programación de la acción operativa con base en las informaciones recibidas, de dirección en la ejecución de las investigaciones (artículo 12), así como con el *Consejo de Seguridad,* otro órgano contemplado en el mismo estatuto, con funciones de dar *recomendaciones* sobre planes de acción de seguridad y de *estudio* de medidas de emergencia, y de *aprobación* de "las actas de gastos reservados efectuados por el Jefe del Departamento" (artículo 15). La ley le otorga, pues, al Jefe del DAS, una gran *discrecionalidad* en la determinación del concepto de "gastos reservados" y en su aplicación.

3. La *justificación* de los "gastos que *efectúe* el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad" (subrayo), como dice la norma, ratifica esa aludida discrecionalidad, dado que ella es *posterior* al gasto mismo. Eso indica la expresión "que efectúe". Idiomáticamente, justificar es dar conformidad a lo justo, probar una cosa con razones, testimonios o documentos; luego toda justificación, toda conformidad, toda demostración o prueba, es posterior al hecho demostrado o probado. Entendida así, se acredita una vez más la amplitud de dicha discrecionalidad en el gasto.

4. Entendida así —y así debe entenderse—, la *justificación* se identifica con la *legalización* del gasto reservado. ¿Ante quién procede esa justificación? Unicamente ante el Consejo de Seguridad, porque de él se exige la *aprobación* del gasto efectuado. ¿Cómo se *legaliza* el gasto? Mediante un acta, que debe ser *levantada* (no aprobada) por el propio Jefe del DAS, el Secretario General (quien tiene funciones de control en la "utilización de los fondos del presupuesto" artículo 6º, literal k) y por el pagador (quien suministra los fondos), acta que luego debe ser *aprobada* por el Consejo de Seguridad. Este Consejo en sus sesiones secretas, conoce las necesidades de la seguridad interior y exterior, y por ello *aprueba* el gasto. Se tiene, pues, que la "justificación" está amparada por la reserva, como el gasto mismo, y *mal puede su "legalización" revelar o dar publicidad a lo justificado, porque eso sería tanto como dar publicidad al gasto en cuestión, que por su naturaleza y por mandato legal es "reservado".*

Si la ley ordena que el gasto es "reservado", y si legalizar es actuar conforme a la ley, los anteriores asertos resultan incuestionables: si se legaliza un gasto secreto, esa legalización *debe limitarse a la determinación de su cuantía.* En lo demás es una legalización "muda", forma ésta que le causa extrañeza al Visitador-denunciante, injustificadamente (cuaderno 1º, folio 20), cuando dice que en las actas "se contabilizaron una serie de comprobantes de egreso, completamente mudos".

5. Si para la *legalización* se requiere un acta levantada y aprobada, en *dos etapas* y por *dos órganos* diferentes, aunque *del mismo nivel u orden* administrativo (el DAS es un Departamento Administrativo y el Consejo de Seguridad está integrado por los Ministros de Gobierno, Defensa, Justicia y Relaciones Exteriores, y los Ministerios, como los Departamentos Administrativos

hacen parte del ejecutivo nacional), se concluye que el acto de legalización es un acto administrativo de los denominados *complejos* (hay acto aprobado y acto de aprobación, con intervención de dos voluntades del mismo orden administrativo), en los cuales, según la doctrina y la jurisprudencia nacional, se produce un fenómeno de *integración*, dando una unidad, porque el acto no se perfecciona sino con el acto de aprobación. Cuando los dos órganos pertenecen a distinto orden administrativo, el acto administrativo es compuesto y no se integran sus voluntades (véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, septiembre 3 de 1969, expediente 1005, actor Municipio de Albán, ponente: doctor E. Acero Pimentel; auto de marzo 22 de 1977, Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 2411, actor: Gabriel Lalinde, ponente: doctor A. Pérez Vives).

Por su parte, el tratadista uruguayo Enrique Sayagues Laso, expresa: *Lo característico del acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se forma mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella* ("Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1963, Tomo I, página 394).

Por su parte el argentino Manuel María Díez explica:

Los actos complejos son los que resultan del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin de las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla, o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene potestad para adoptar una resolución, pero ese poder no podrá ejercerse válidamente sin el concurso de otro órgano ("El acto Administrativo", Buenos Aires, 1961, página 123, 2ª edición).

En igual sentido, Jaime Vidal Perdomo, quien expresa:

"Por oposición al acto simple, el acto complejo supone la participación de distintos funcionarios, u órganos, o el concepto de organismos consultores, cuya intervención conjunta o sucesiva forma la declaración de voluntad administrativa (ejemplo, actos que requieren aprobación posterior, o autorización previa, o deben ser consultados)" ("Derecho Administrativo", 5ª edición, Cali, 1977, página 279).

Resulta forzoso ocuparnos de este tema de Derecho Administrativo, puesto que la sindicación es tanto de peculado como de *falsedad en documento público*, precisamente sobre las actas de cuentas de fondos reservados, que fueron todas aprobadas por el Consejo de Seguridad, y porque el Derecho Penal no es ajeno a las otras disciplinas jurídicas, sino que antes bien, en ocasiones debe hacer de ellas una "remisión receptiva", como dice Belling, que autoriza nuestro Código de Procedimiento Penal, artículo 8º, y que resulta obligatoria en el caso *sub judice*. No creemos en el cargo del delito de falsedad, pero nos preguntamos si dándose la integración de voluntades en las actas de cuentas, pues son actos administrativos complejos, es posible omitir el principio jurídico penal de la *indivisibilidad de la acción* (Código de Procedimiento Penal, artículo 329, por ejemplo) y su forzosa consideración en el auto de proceder, así como las figuras de *concurso recíproco* y *coautoría delictual*.

6. Finalmente, el artículo 40 comentado que se ocupa del control fiscal, diciendo únicamente que las actas de cuentas, una vez aprobadas por el Consejo de Seguridad, y con el visto bueno de éste, deben ser *presentadas al Contralor General de la República para que él, personalmente, fenezca la cuenta respectiva. Los gastos por tal concepto, no podrán exceder en ningún caso de la partida anual apropiada para el efecto en el presupuesto nacional.*

O sea que el control fiscal *se reduce al fenecimiento personal del Contralor, para que los gastos no excedan la partida presupuestada*, única interpretación posible, que así explicamos:

1º La palabra *personalmente* es utilizada insistentemente por el legislador de 1960, de 1968 y por el de 1974, lo que indica que no ha sido puesta caprichosamente: con ella se quiere significar y ordenar que *no puede delegar* la función de fenecimiento, y que ésta es la *única función de control* que la ley le atribuye a la Contraloría, sobre los fondos reservados. Es ilógico, injurídico, y hasta de mucha candidez pensar que dado el carácter de reserva que tienen los gastos, la ley

permita el ejercicio de un control previo y otro perceptivo plenos, con la publicidad y los trámites del control fiscal ordinario, y en cambio para el posterior —que está a cargo de una oficina examinadora y otra fenecedora de la Contraloría— lo reduzca a la intervención personal del Contralor. Esto sería contradictorio y equivaldría a creer *en la ingenuidad de la ley o del legislador,* que mientras prohíbe conocer de tales gastos a los múltiples empleados subalternos que se ocupan del control posterior, en cambio estaría autorizando tener tal conocimiento a los empleados también subalternos que ejercen el previo y el perceptivo. Tal apreciación riñe con la lógica y con la realidad misma, porque desde 1960 jamás ha existido servicio de auditaje o control previo para tales fondos, y jamás desde 1960 se practicaron visitas fiscales o control perceptivo sobre los mismos, con la excepción de la realizada por el Visitador denunciante, de quien se puede presumir que para entonces desconocía la existencia del artículo 40 del Decreto-ley número 3169 de 1968 y el 32 del Decreto-ley número 625 de 1974.

2º *El fenecimiento se reduce a constatar que los gastos no excedan la partida presupuestada,* de conformidad con las respectivas situaciones de fondos, hechas por el Pagador. En efecto, así lo ha entendido la Contraloría desde 1960, al fenecer sobre esa base todas las actas de cuentas de fondos reservados, sin excepción. Es que el Contralor no hace parte del Consejo de Seguridad, ni de la Central de Inteligencia, ni la ley dispone que para él los gastos dejan de ser reservados. Como lo recuerda el auto de proceder, a los funcionarios públicos la ley les dice que no pueden hacer sino lo que ella les manda. De suerte que este control posterior es especialísimo, porque *se está dentro de un régimen legal de excepción,* y se reduce a una simple constatación numérica de ingresos y egresos, sin capacidad para conocer el concepto de gastos, para el único y exclusivo objeto de velar *por el no cambio de destinación de los demás fondos presupuestados para el DAS,* a efecto de que estos no sean también utilizados en gastos reservados.

Si ello es así, y así es, habrá de concluir que sobre los fondos destinados a gastos reservados *tampoco hay control posterior, como no hay previo ni perceptivo.*

Pero si se replicara que la norma legal se refiere a fenecimientos de las actas de cuentas sobre fondos reservados, y por tal razón es sobre estos que recae el control posterior, habría que decir que si bien es ello cierto a renglón seguido la misma ley indica para qué es ese control posterior, cuando dice que "los gastos por tal concepto no podrán exceder en ningún caso la partida anual apropiada para el efecto en el presupuesto nacional".

Y aceptando en gracia de discusión que hay control posterior, hay que admitir que es excepcional y restringido, pues es ejercido personalmente por el Contralor, y siendo también para él reservados los gastos, la función se limita a constatar si se dan las prescripciones especiales de los Decretos 3169 de 1968 y 625 de 1974, esto es, si hay acta, si lleva las firmas requeridas, si fue aprobada por el Consejo de Seguridad, y si las cuentas de ingresos, egresos y saldos se corresponden numéricamente.

Tampoco hay *control previo* —que jamás se ha ejercido—, dado el carácter reservado de los gastos, dada la naturaleza secreta de los mismos, dado el interés prioritario de la seguridad interior y exterior del Estado, dada la movilidad previa y la exigibilidad de que deben gozar los fondos, y dada la normatividad legal respectiva, para la cual sería una enormidad consagrar un control posterior muy limitado y en cambio autorizar otro previo y posterior plenos. El control previo tiene por finalidad, en el control ordinario, *verificar la normal ejecución del presupuesto en cuanto a su ejercicio pasivo, con anterioridad a su reconocimiento y pago,* como lo define la ley (Ley 20 de 1975, artículo 3º; Decreto-ley número 925 de 1976, artículo 2º). Es decir, autorizar el gasto ordenado, si se conforma el presupuesto, antes de su reconocimiento y pago. Como los gastos son "reservados", y el auditor no hace parte de los organismos de seguridad e inteligencia, y como los gastos son de inmediata exigibilidad, y como la ley no señala tal función preventiva, pues se está frente a un régimen de excepción, es claro que no solamente está prohibido ejercer auditaje sino que por la naturaleza del gasto es imposible ejercerlo.

Tampoco hay ni puede haber *control perceptivo,* que "consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y, en determinar si se ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos" (Ley 20 de 1975, artículo 4º; Decreto-ley número 925 de 1976, artículo 3º). La reglamentación establecida para el caso (Decreto-ley número 3169 de 1968 y Decreto-ley número 625 de 1974) señala que los gastos

son "reservados" y que sólo hay un excepcional y limitado control posterior, de suerte que a tales normas debe someterse un Visitador Fiscal, quien no puede transgredir el secreto a que están obligados el Jefe del DAS, la Central de Inteligencia o el Consejo de Seguridad sobre la utilización de dichos fondos, ni tiene facultad legal para hacerlo, ni puede ser delegada. Es evidente que sobre las cuentas generales del Pagador puede y debe ejercer el control perceptivo, y que dentro de ellas deben contarse los datos numéricos sobre cuantías recibidas y pagadas al Jefe del DAS, conforme al procedimiento ordinario de control fiscal, pero eso no significa en modo alguno que se esté ejerciendo control "perceptivo" sobre los gastos reservados, ya que *no puede exigir comprobantes de gastos ni la presentación de saldos,* sin violar la reserva que señala la ley.

B. *Los conceptos del Contralor*

Al señor Contralor General de la República se le solicitó concepto sobre estos particulares, el cual omitió en Oficio número 0448 del 1º de septiembre de 1977. Ese oficio sólo contiene "conceptos" sobre interpretación de la ley, sin valor probatorio, los que analizo a continuación:

1º Dice el Contralor que "la justificación y legalización de esas erogaciones *especiales* (subrayo) tenían que hacerse (...) mediante *acuerdo* (subrayo) del mismo jefe, del subjefe administrativo y el pagador por medio de un acta". Admite, pues, que se trata de "erogaciones especiales", de lo cual debe inferirse que necesariamente el tratamiento fiscal también debe ser especial.

2º Dice el Contralor que con base en el artículo 64 del Decreto-ley número 1717 de 1960 "se concluye que el general Ordóñez Valderrama (...) tenía la iniciativa del manejo de los fondos (...) pero no podía disponer de los mismos, con plena autonomía". Advirtiendo que el Decreto 1717 de 1960 fue *totalmente derogado* (Decreto-ley número 3169 de 1968, artículo 42), pero que el artículo 64 fue reproducido en el 40 del Decreto 3169, anotó que el Contralor admite que el Jefe del DAS *tenía autonomía* en el manejo de los fondos, aunque no plena. Debe distinguirse: la autonomía en el manejo de los fondos es plena, sólo que, como ya lo anotamos, no podía invertir tales dineros sino en "gastos reservados" —cuyo concepto no define la ley—, y estaba obligado a justificarlos y legalizarlos mediante la aludida acta conjunta, o, como lo dice el Contralor, *mediante acuerdo.* Sólo que el "acuerdo" tenía que reducirse necesariamente a la computación numérica de ingresos, egresos y saldos.

3º Dice el Contralor que el carácter de "reservados" no desvirtúa la "naturaleza de fondos públicos"; en consecuencia, debían ser "consignados no en las cuentas particulares del mencionado exmilitar, sino en una *cuenta oficial,* de conformidad con el Decreto 756 de 1951, en concordancia con el Decreto 2887 de 1968".

Como se ve, primero anota que se trata de "erogaciones especiales", y que el Jefe del DAS tenía autonomía sobre ellas, para a renglón seguido afirmar que debían manejarse los fondos en "cuenta oficial", lo cual es contradictorio. Y además, para llegar a esa conclusión *se basa en normas anteriores, ordinarias e incompatibles* con el régimen de excepción, a las que, a pesar de ello, les da aplicación preferencial, incurriendo así en una errónea interpretación y aplicación de la ley especial, pues como lo ordenan los *artículos 2º y 5º de la Ley 153 de 1887,* "la ley posterior prevalece sobre la ley anterior", y "la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes". Y como lo ordena el *artículo 5º de la Ley 57 de 1887,* "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general": las normas que invoca tienen carácter general, y especial los artículos 40 del Decreto 3169 de 1968 y 32 del Decreto 625 de 1974, que no tuvo en cuenta el señor Contralor.

De la observación de que los fondos para gastos reservados son públicos *no se infiere necesariamente que deban manejarse en cuenta oficial.* Es todo lo contrario. En efecto, las normas generales y ordinarias no pueden aplicarse a gastos especiales, como son los reservados. Una "cuenta oficial", dentro del régimen ordinario, exige autorización legal del gasto, partida presupuestal, y para la ejecución del gasto exige *orden del gasto* (con el *visado* de la Auditoría), *prestación del servicio, comprobantes* del mismo, *orden de pago* (con visado de Auditoría), *pago de la orden* (por Tesorería, no por el ordenador del gasto ni del pago), mediante la *emisión del cheque oficial,* lo cual supone el depósito previo de los fondos oficiales en una "cuenta bancaria". De suerte que es distinta la "cuenta oficial" de una *cuenta bancaria abierta oficialmente.* Es obvio que la primera comprende a la segunda, y que ésta no puede existir sin aquélla, porque su apertura exige la intervención de la Contraloría. De lo cual *se deduce que tratándose de fondos "reser-*

vados", no es posible, por mandato legal, llevarlos a cuenta oficial y, por lo mismo, abrir para ellos cuenta bancaria oficial. No puede exigirse cuenta bancaria oficial en donde no hay cuenta oficial (ver Casación Penal, diciembre 13 de 1968, cita de A. Cancino, en Peculado, página 258).

Cuenta es acción y efecto de contar, según el Diccionario de la Lengua. *Cuenta corriente* es aquella serie de operaciones contables que registran el movimiento de ingresos, egresos y saldos, de dineros o bienes. De suerte que si ellos son públicos, se tiene una cuenta corriente oficial. O sea que para el caso de autos, hay que distinguir *dos etapas:* a) la que va desde la apropiación presupuestal hasta el pago que de fondos reservados debía hacer el Pagador del Ministerio de Hacienda ante el DAS, al Jefe de este organismo, hasta la cual ese movimiento. constituye una cuenta oficial, sujeta a las prescripciones fiscales ordinarias, y b) otra que se inicia con el recibo de fondos por parte del Jefe del DAS, comprende la ejecución pasiva de ellos con la autonomía anotada y termina con el fenecimiento personal del Contralor, etapa ésta que no es susceptible de aplicar la contabilidad oficial, ni los controles previo ni perceptivo, ni la apertura de cuenta bancaria oficial, que se gobierna por el régimen de excepción comentado, al cual, por lo tanto, no le es aplicable la noción genérica y ordinaria de "cuenta oficial".

Esta necesaria distinción no la hizo el señor Contralor, razón por la cual llegó a la errónea interpretación aludida. Y los dos decretos en que se apoya no son premisas: el Decreto 2887 de 1968 no es pertinente, pues con él se organiza "la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público"; y el Decreto 756 de 1951 se refiere es a las cuentas bancarias, no a las cuentas oficiales.

4º Dijo el señor Contralor que el responsable del manejo fiscal de los fondos reservados "es el Jefe del DAS, conforme al artículo 41 de la Ley 42 de 1923; por ello reconoce tal funcionario que *se cometió un error de redacción*" al fenecer las cuentas tomando como responsable al Pagador, cuando lo era el Jefe del DAS.

a) Dice el artículo 41 citado:

"Todo empleado o agente responsable de propiedades de la nación deberá responder por su valor en dinero en caso de pérdida de dichas propiedades proveniente de uso impropio o no autorizado de las mismas, hecho por él o por cualquier persona de cuyos actos sea responsable, y en general deberá responder de todo daño o deterioro ocasionado por descuido en la conservación o uso de dicha propiedad, estuviere o no en aquella fecha bajo su custodia personal".

En todos los fenecimientos de plano decretados por el Contralor se hace aparecer al Pagador como el "empleado responsable", de ahí el alegado "error de redacción", cometido mes a mes *desde 1960* por la Contraloría.

El artículo 41 transcrito, como los 39 y 40 de la misma ley, se refieren al ordenamiento fiscal ordinario. Ese ordenamiento hace responsable al *empleado de manejo.* Según la Resolución número 1700 de 1957, de la Contraloría, se tiene que:

"Son empleados de manejo todos aquellos que recauden, reciban, paguen, o *administren* fondos o bienes nacionales y los que tengan a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad de la nación, de los establecimientos públicos que fiscaliza la Procuraduría y de las Instituciones de Utilidad Común; se incluyen en tal denominación a los contratistas por administración delegada".

Esta es la descripción normativa ordinaria de "empleado de manejo", que comprende, en general, a quienes "administran fondos o bienes públicos" y quienes por tal razón, por exigencia legal, deben otorgar garantías o fianzas de su posesión. La "administración" comprende las voces recaudo, recibo o pago.

El Jefe del DAS no es, dentro del régimen ordinario legal, un "empleado de manejo" en relación con los fondos reservados:

a) Los empleados de manejo *reciben del Fisco* los dineros que administran; el Jefe del DAS los *recibe del Pagador* de la institución;

b) Los empleados de manejo *guardan* o custodian los dineros oficiales en *cuentas bancarias oficiales;* el Jefe del DAS está impedido para hacerlo en esa forma, dada la reserva del gasto;

c) Los empleados de manejo *pagan* servicios o bienes sometiéndose a las prescripciones reglamentarias: órdenes de gasto y de pago, giro de cheques oficiales, obtención de comprobantes del servicio o bien pagado; el Jefe del DAS no está sometido a tales reglamentaciones, por la reserva del gasto, que no puede violar;

d) Los empleados de manejo deben llevar una *contabilidad oficial* de los fondos que administran; el Jefe del DAS no puede llevarla, por la

reserva del gasto, que es inviolable por mandato legal;

e) Los empleados de manejo *rinden cuentas personalmente,* o individualmente, de su manejo; el Jefe del DAS rinde cuenta conjunta (o de "acuerdo", como dice el señor Contralor) con otros dos funcionarios de la institución, *previa aprobación* del Consejo de Seguridad;

f) Los empleados de manejo deben otorgar *garantías* para ejercer el cargo; al Jefe del DAS la ley no le exige tales garantías.

El Jefe del DAS no es un "empleado de manejo", en la descripción legal, la cual no es suficiente para precisar esa especie de funcionarios, sino que se *requiere la remisión a todas las normas que señalan funciones u obligaciones* de dichos empleados. El régimen de excepción hace imposible ubicar al Jefe del DAS dentro de los "empleados de manejo".

Si los "empleados de manejo" son los que tienen responsabilidad *fiscal* —que es una especie de la administración—, el Jefe del DAS no carece de tal responsabilidad, pero la comparte. Cosa diferente es la responsabilidad *penal* —de la cual nos ocuparemos más adelante—, a la cual sólo puede llegarse en el caso de autos si el procesado fuera empleado de manejo, si la materia es susceptible de investigación penal, si se causó daño patrimonial con el correspondiente enriquecimiento, si se demuestra apropiación o mal uso de los caudales.

b) Podrá decirse que genéricamente "empleados de manejo" son quienes tienen *disponibilidad jurídica* o *material* sobre los caudales o bienes públicos. Pero este enfoque dice relación exclusiva con la *responsabilidad penal,* de la que más adelante trataremos;

c) También se apoya el señor Contralor en el respaldo que encuentra en el artículo 4º del Decreto-ley número 1717 de 1960. Como se dijo, tal estatuto fue derogado por el Decreto-ley número 3169 de 1968;

d) Se apoya también en el artículo 95 del Decreto 294 de 1974 (el procesado ejerció el cargo desde el 10 de agosto de 1970), según el cual "los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos (...) son los *únicos que tienen autoridad legal para autorizar giros para el pago de las obligaciones ...*". La norma se refiere a la autorización de giros para cancelar obligaciones, y con los fondos reservados no puede hablarse de "obligaciones"; y como el Jefe del DAS es el receptor de los dineros de tales fondos, resulta fuera de lugar hablar de "autorizar giros", lo cual supone órdenes de gasto y órdenes de pago, que, como está explicado, no pueden darse en el manejo de los gastos reservados.

5º Se le pregunta al señor Contralor si durante el período de 1970 a 1974 "ejerció control previo, perceptivo y posterior sobre los gastos por concepto de fondos reservados y a través de qué funcionarios, y contestó:

"*En virtud de la providencia anterior* (Resolución número 2113 de 1961) *se ejerció el control posterior o examen de cuentas sobre los fondos reservados del DAS, durante los años de 1970 y 1974*".

Es decir, calla sobre los controles previo y posterior, o sea que *acepta tácitamente que no se ejercieron.* Como ya explicamos, no es posible ejercerlos, y en la realidad jamás tuvieron lugar. Lo cual confirma que la ley no los prevé, sino que los excluye, y que el Jefe del DAS no es empleado de manejo.

6º Se le pregunta si de conformidad con el artículo 40 del Decreto 3169 de 1968 y 32 de 1974, dado el carácter reservado de los fondos, es admisible ejercer por la Contraloría los controles previo y perceptivo y contesta:

"*... el Contralor General de la República podrá ordenar, en virtud de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, la Ley 42 de 1923, el Decreto 911 de 1932 y la Ley 58 de 1946, la práctica de cualquiera de las etapas del control fiscal (previo, perceptivo o posterior) sobre los fondos públicos en poder de funcionarios o entidades particulares*".

En primer lugar, la respuesta es evasiva: se le pregunta con base en determinadas normas legales, y se fundamenta en otras, sin aludir a las primeras.

En segundo lugar expresa que el Contralor *podrá ordenar,* de lo cual no se infiere que se haya ordenado: es que jamás se ordenaron tales controles.

En tercer lugar, al Contralor le está *prohibido* por la ley (Decreto 3169 de 1968, artículo 40, y Decreto 625 de 1974, artículo 32) *ordenar control posterior,* pues por el carácter de reservados, tales normas le mandan que ejerza "personalmente" el fenecimiento.

En cuarto lugar incurre en contradicción, pues en el punto anterior, al contestarlo, acepta tácitamente que no existen los controles previo y perceptivo.

En quinto lugar, con los controles previo y perceptivo se viola necesariamente la reserva propia de los gastos en cuestión, a la cual está legalmente obligado el Jefe del DAS, por lo cual ellos no son posibles.

En sexto lugar, las normas que invoca se refieren al régimen fiscal ordinario y por ello resultan inaplicables. Así, por ejemplo, el citado Decreto reglamentario número 911 de 1932, dispone en su artículo 24, que todo empleado que administre fondos nacionales *rendirá cuenta de su manejo al Departamento de Contraloría en forma y en las épocas que disponga el Contralor General.* Se advierte sin esfuerzos que no es el Contralor sino la ley especial, el régimen de excepción, el que señala la forma de rendir las cuentas de los fondos reservados.

El mismo Decreto en su artículo 25 dispone en lo pertinente:

Ningún nombramiento de empleado o agente del Gobierno Nacional encargado del manejo de caudales o bienes públicos, será efectivo mientras tal nombramiento no haya sido registrado en el Departamento de Contraloría, y mientras no haya prestado la fianza correspondiente al empleo.

Desde 1960, los Jefes del DAS jamás han prestado esa garantía, ni la ha exigido la Contraloría. ¿Por qué? Porque no es empleado de manejo; porque sobre los fondos reservados no hay control previo ni perceptivo. Es más: el artículo 28 ibídem, agrega que quienes no presten tales fianzas deben ser removidos, actuación que jamás se ha producido.

También se apoya en la Ley 58 de 1946, cuyo artículo 8º faculta a los Visitadores Fiscales para instruir fiscal y penalmente, para detener preventivamente y decretar embargos preventivos de bienes de empleados de manejo que incurran en apropiaciones o uso indebido de bienes, norma que, como se sabe, se encuentra derogada.

7º Se le pregunta al señor Contralor si la autorización dada a los Visitadores Fiscales para inspeccionar al DAS, que dio origen a este proceso, comprendía el control perceptivo de los fondos reservados, y contesta afirmativamente, porque para ello está autorizado por el artículo 8º de la Ley 58 de 1946 y el artículo 30 del Decreto 911 de 1932. Anotamos:

a) Como acaba de observarse, el artículo 8º de la Ley 58 de 1946, que daba *funciones de instrucción criminal* a los Visitadores Fiscales, se encuentra derogado desde 1970;

b) El artículo 30 del Decreto 911 de 1932, que faculta a los visitadores fiscales para *suspender* a los empleados de manejo descubiertos como peculadores, fue derogado por el artículo 50 del Decreto 1358 de 1964;

c) Un examen objetivo de las resoluciones de comisión al visitador-denunciante demuestran irrefutablemente que expresamente no se le comisionó para visitar o inspeccionar tales fondos. Es más: la historia del proceso revela que el visitador-denunciante inspeccionó fue los fondos del Bienestar Social del DAS, una institución *privada,* con fondos *particulares,* por cuyo manejo sindicado al general Ordóñez Valderrama en la denuncia por peculado (!);

d) El visitador-denunciante no podía ignorar el artículo 1º de la Resolución número 1214 de 1954, de la Contraloría (ni las normas de excepción sobre fondos reservados), que dispone:

"Artículo 1º. A los Visitadores de la Contraloría corresponde ejercer el control perceptivo de todos los bienes de propiedad nacional, de las empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, *salvo lo que para casos especiales determinen las leyes*" (subrayo).

8º Se le pregunta al señor Contralor "si estaba facultado para delegar el ejercicio de los controles previo y perceptivo" sobre las cuentas de fondos reservados, y contesta que las normas de los Decretos 3169 y 625 no restringen el control al posterior, y que "si puede ordenar o delegar" con "fundamento en sus atribuciones constitucionales o legales, sin precisar cuáles". Comentamos:

a) Toda *delegación* es un fenómeno jurídico de caracteres especiales: que el delegante tenga la función delegada (no se puede delegar lo que no se tiene), y que exista ley previa que autorice expresamente la delegación, entre otros, requisitos que señala la doctrina universal y la jurisprudencia, porque es sencillamente un *traslado de competencia,* y la competencia *es improrrogable,* aun en lo administrativo, salvo expresa autorización. Así, por ejemplo, en el artículo 135 de la Constitución Nacional se dice en relación con los Ministros, que "las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley";

b) El artículo 59 de la Constitución Nacional dice que la gestión fiscal "se ejercerá conforme a la ley", y ninguna ley ha facultado al Contralor para delegar funciones de vigilancia sobre los fondos reservados del DAS. Antes bien, los Decretos 3169 y 625 citados le exigen una función

fenecedora ejercida "personalmente", con lo cual se significa que no puede ser delegada. Y, como ya anotamos, es creer en la ingenuidad del legislador considerar que restringe el control posterior al personal del Contralor para permitir publicidad en los demás controles, razón por la cual estos no existen, y no existiendo, no pueden ser delegados.

9º Se le pregunta al señor Contralor si la Jefe de la División de Investigaciones Fiscales "estaba legalmente facultada" y autorizada por algún superior para permitir asesoría a la honorable Corte sobre la investigación penal, y contesta que la Resolución número 05693 de 1975 la autorizaba para "comisionar".

Observemos que las "comisiones" son denominaciones que reciben las "delegaciones", o sea que son estas mismas. Otra característica de toda delegación es la de que no es posible subdelegar sino con autorización legal expresa. Para los fondos reservados no hay norma legal que autorice delegación del control fiscal, menos para la subdelegación. Y tal funcionaria no tiene la función de asesoría citada, luego no estaba facultada para subdelegarla.

Se anota que esta subdelegación permitió que el visitador-denunciante fuera simultáneamente denunciante y asesor de los instructores, a pesar de lo dispuesto en el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal.

10. Acepta el señor Contralor que sobre las cuentas de gastos reservados, de 1970 a 1974, se dictaron los correspondientes *fenecimientos de plano.*

a) Con anterioridad (folio 261, cuaderno 2), el señor Contralor había informado que "se dictaron fenecimientos de plano, los cuales *indican la correcta rendición de las cuentas*" (subrayo). No ha habido, pues, "avisos de observaciones", ni "juicios fiscales de cuentas";

b) Los fenecimientos de plano crean situaciones jurídicas subjetivas (Decreto reglamentario número 2733 de 1959), a favor del cuentadante, el Pagador. Si se pretendieron modificar, la Contraloría *exoneraría de responsabilidad* (en virtud del invocado "error de redacción") *al Pagador,* que es quien recibe en primer término los fondos para gastos reservados, y quien los paga al Jefe del DAS, lo cual no consideramos posible;

c) Lo que se fenece es la cuenta. Si ésta está rendida correctamente, y si el responsable, como dice el señor Contralor, es el Jefe del DAS, se concluye que el *procesado está exonerado de responsabilidad fiscal* (Ley 42 de 1923, artículo 43).

III. *Aspectos penales*

A. *El sujeto activo de peculado*

Tenemos descartado que el procesado haya sido "empleado de manejo", y por lo mismo, que pueda ser sujeto responsable fiscal y penalmente. Resta considerar si sujeto activo de peculado puede ser quien tiene disponibilidad jurídica o disponibilidad material sobre los caudales o bienes públicos.

1. Por *disponibilidad jurídica* entendemos la *facultad dada por la ley* de disponer de los bienes públicos. De suerte que tal disponibilidad está ínsita en la *función pública.* No en cualquier función pública, sino específicamente en la de *administrar* caudales o bienes públicos. Como lo ha dicho esta honorable Corte, "administrar no significa un acto material, sino que tiene un contenido jurídico" (casación penal, diciembre 13 de 1968, ponente: doctor Osejo Peña). En tales condiciones, la *disponibilidad material* contiene implícitamente a la disponibilidad jurídica.

2. Se discute si puede darse la disponibilidad jurídica sin que conlleve la material. Creemos con Víctor Acosta David (Estudio sobre el delito de peculado, Conferencias, Popayán, 1971, página 10) que solamente la tienen los "ordenadores" (de pagos y de gastos), porque la capacidad legal dispositiva debe recaer sobre la cosa pública. También él cree que los ordenadores son "empleados de manejo", por cuanto "administran", aspecto que desde luego es discutible.

3. El Jefe del DAS recibía del Pagador los fondos para gastos reservados y los administraba con autonomía, según las necesidades del Departamento. Es obvio que los mantenía bajo su *guarda,* por disposición legal, sin ser empleado de manejo. Luego si la disponibilidad jurídica y la material son predicables exclusivamente de los empleados de manejo se concluye que tales nociones de disponibilidad sobran para la determinación del sujeto activo de peculado, porque se confunden con la "función pública" y con la de "empleados de manejo", y de otra parte, que el Jefe del DAS, en cuanto a tales fondos, no puede ser sujeto activo de dicho delito. Esta es la tesis del salvamento de voto del honorable Magistrado Julio Salgado Vásquez, cuando dice:

Si no era el General Ordóñez un empleado de manejo, no podía cometer un delito de peculado.

Y, consecuencialmente, la presunta falsedad de las actas que legalizaron los gastos de los fondos reservados no podría predicarse en contra del citado general.

Este es, además, el criterio que expone el distinguido tratadista doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, a quien le hemos solicitado su concepto sobre el particular, el cual acompañamos en hoja separada.

4. La "administración" que cuenta para la determinación del sujeto activo es únicamente *la que es propia de los empleados de manejo* (con órdenes de gasto y de pago, contabilidad oficial, giros de cheques, auditaje, etc.), que es inaplicable al manejo de los gastos reservados, razón de más que excluye al Jefe del DAS de la calidad de sujeto calificado para el presunto reato. Por *razón de sus funciones* carece de ese tipo de administración.

B. *El objeto material del peculado*

Es sabido que la Administración Pública se clasifica funcionalmente en *activa, consultiva* y de *control,* correspondiendo a la primera la administración de los fondos públicos. Esa administración, para ser tal, requiere de una reglamentación, que separa la ordenación del gasto de su pago mismo.

De otra parte, la ley no define el concepto de "fondos reservados", ni reglamenta su administración activa, precisamente porque son "reservados". Por ello no puede discutirse que son extraños a la administración activa, no susceptibles de tal administración, razón por la cual están fuera del control fiscal y de *toda posibilidad material y jurídica de ser objeto de peculado.* Si no hay control fiscal, tampoco hay materia para pecular.

A lo cual agregamos que si la *razón de ser* o el concepto de los gastos reservados *no es susceptible de ser investigado penalmente,* sin violar el secreto de Estado que ellos conllevan —cuya violación constituiría delitos contra la existencia y seguridad estatales: Código Penal, artículos 121 y 122—, debe concluirse indubitablemente que los referidos fondos escapan a toda posibilidad jurídica de ser considerados como objeto material de peculado (ver concepto del doctor *Uribe Prada,* cuaderno número 2, folio 422).

C. *El daño patrimonial en el delito de peculado*

El daño patrimonial al fisco es elemento esencial para tipificación del delito de peculado. A este propósito el tratadista Jesús Bernal Pinzón recuerda a Nelson Hungría quien afirma: "No tengo duda, por consiguiente, al repetir lo que ya dije en otra ocasión: *peculado consumado sin daño efectivo* es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego; o sombra sin cuerpo que lo proyecte; o tejado sin paredes o puntales de sustentación". Recuerda también a Sebastián Soler, quien afirma que "la existencia de una lesión al patrimonio fiscal constituye un elemento del *corpus delicti*". Y concluye el tratadista Bernal Pinzón: *no queda, pues, la menor duda de que para la subsistencia del peculado es indispensable la producción de un daño en el patrimonio de la administración pública* (Delitos contra la Administración Pública, Bogotá, 1965, páginas 32 y 33) (ver casación penal, 4 de abril de 1975, ponente: doctor Bernal Pinzón).

En igual sentido se pronuncia el profesor Gutiérrez Anzola en el concepto antes aludido y que acompañamos.

De otra parte, por daño patrimonial se entiende una *disminución en el mismo,* lo cual significa que no puede haber daño sin la *cuantificación,* que sólo ésta lo objetiviza. El daño subjetivo corresponde al daño moral, no al patrimonial. El daño patrimonial que no se concreta, que no se limita en su forma objetiva, no existe. De suerte que la cuantía es parte del mismo daño patrimonial.

Para reiterada jurisprudencia de esta honorable Corte, es preciso determinar el daño patrimonial para que se configure el delito de peculado, y para que pueda señalarse el grado de punibilidad. Cito la casación penal de marzo 28 de 1969, con ponencia del honorable Magistrado Roncallo Acosta en la cual se lee:

Con absoluta claridad se advierte que es la entidad, valor o importancia del daño sufrido por el sujeto pasivo de la infracción el criterio en que se apoya el legislador para determinar la pena ...

De igual modo, en sentencia de casación penal de abril 26 de 1972, con ponencia del Magistrado Barrera Domínguez, se dijo:

"c) *Sin el avalúo previo del arma cuya apropiación se imputa al citado ex Juez (...) no es posible especificar el cargo que, de ser llamado a juicio, hubiera de hacérsele.*

"*Y a más de no cumplirse, así, con lo que manda el aludido artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, ordinal 3º, se incurriría en desconocimiento de garantías que le asisten al*

sindicado, pues al ser llamado a juicio se debe indicar el ámbito del cargo que se le hace para que respecto de él lleve a cargo su defensa.

"d) *La cuantía del delito juega como circunstancia específica modificadora de la responsabilidad, por caso, en los delitos contra la propiedad* (artículos 398, ordinal 2º; 399; 410; 414) *y en el delito de peculado, como se dejó anotado.*

"*Hacer al procesado el cargo al ser llamado a juicio por esta última infracción o por alguno de aquellos delitos contra la propiedad, sin especificarlo en razón de la cuantía, cuando ésta la toma la ley como motivo específico de agravación o de atenuación de la sanción prevista, lleva, como se dejó dicho, al incumplimiento del mandato que trae la ley de procedimiento penal (artículo 483 citado) y a socavar la garantía de defensa que le asiste al encausado, pues no se delimita el ámbito de la acusación que se le hace*" (cita de "Jurisprudencia Penal", 1972, Publicaciones del Externado de Colombia, página 136).

En otra ocasión reciente dijo esta misma honorable Corte:

"9. Finalmente, entre los elementos constitutivos del peculado se tiene, aun cuando la ley no lo exige expresamente, el daño.

"Es claro que este consiste en la lesión al bien jurídico tutelado o sea el de probidad frente a la administración pública.

"Pero en concreto se presenta, ya se dijo, como resultado de la apropiación del bien puesto bajo la custodia del funcionario. O sea que en la inmensa mayoría de las veces, ese daño tiene un carácter patrimonial, aun cuando se hace preciso reiterar que tal cosa no es indispensable, porque puede suceder, aunque sea raro, que el bien del cual se apodera el funcionario no tenga un valor de esta especie.

"De todos modos debe tener algún valor, porque resultaría sumamente forzado sostener que existe improbidad en la disposición de un objeto que no tiene ninguno.

"Es así como para demostrar este elemento integrante del peculado que es el daño, debe establecerse no sólo la improbidad, en abstracto, del funcionario, sino el perjuicio que a la administración pública causó, en concreto.

"Consecuencia de lo anterior viene a ser, por un lado, que si no se ha demostrado la existencia del daño concreto, no puede darse por establecida la figura delictuosa y, de otra parte, que no se puede simplemente presumir la existencia del daño sino que debe ser concretamente establecido" (Sala Penal, casación, 15 de junio de 1973, Acta número 24 de junio de 1973).

Es también este el argumento incuestionable en el cual se apoya, entre otros, el salvamento de voto del honorable Magistrado Salgado Vásquez, al auto de llamamiento a juicio, en el cual se lee:

"2. Durante el sumario no se designaron peritos con la finalidad de avaluar el monto del delito de peculado. En el auto de proceder se recurre a argumentaciones para llegar a la conclusión de que esa cuantía es mayor de tres mil pesos, pero tal clase de razonamientos no pueden reemplazar la prueba pericial, conforme lo dispone el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal".

Como está dicho, *en el auto de proceder no se determinó la cuantía del pretendido perjuicio patrimonial.* Posteriormente, en el juicio, los peritos designados para tal fin dijeron en su concepto, sobre el particular:

"*'No es posible, precisar si existen sobrantes o faltantes y sus cuantías', por cuanto es evidente las diferencias encontradas entre el movimiento registrado por egresos e ingresos de las cuentas corrientes y los movimientos por los gastos y las sumas entregadas para gastos reservados, que se legalizan en cada acta*" (subrayo).

En tales condiciones, si falta un elemento esencial del peculado, no se configuró tal delito (ver jurisprudencia, casación penal, 4 de diciembre de 1976, ponente: doctor Alvaro Luna Gómez).

Petición. En estas condiciones consideramos imposible jurídicamente que la sentencia sea condenatoria. Por ello, y sin reconocer con la petición que se le eleva responsabilidad alguna, pero en ejercicio del derecho de defensa consagrado en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, atentamente solicito de la honorable Sala que en esta audiencia o posteriormente, con anterioridad a la sentencia, se indique el valor concreto del daño patrimonial causado al fisco con el presunto peculado, a efecto de que lo reintegre el procesado si dada su cuantía está en condiciones de hacerlo.

D. *Los cargos del auto de proceder y la conducta del procesado.*

Del auto de proceder y del auto que negó la reposición del mismo, deducimos los siguientes cargos:

1º *Que abrió tres cuentas bancarias particulares en el First National City Bank para consignar allí los dineros oficiales de Fondos Reserva-*

dos, cuando estaba obligado a manejarlos en cuenta oficial (página 10) y páginas 30 y 29 del auto que resolvió reposición.

a) Fue una sola cuenta con varios traspasos a diferentes agencias del mismo Banco, por circunstancias explicadas satisfactoriamente por el procesado;

b) Como está explicado, una cosa es la "cuenta oficial" y otra la "cuenta corriente bancaria", que es apenas uno de sus elementos. Los funcionarios no pueden hacer sino lo que la ley les ordena, y la ley (Decreto 3169 de 1968 y Decreto 625 de 1974). No le permite al Jefe del DAS abrir cuenta oficial. No se puede invertir por el juzgador la carga de la prueba;

c) Los gastos reservados son de imprevista ocurrencia y de inmediata exigibilidad, lo cual se acredita con el testimonio de José Constantino Galindo Vanegas:

"... esa actividad puede ser permanente, en días hábiles, en días festivos o a cualquier hora de la noche; pues especialmente en cuestiones relacionadas con el orden público hay informantes que surgen en cualquier momento y exigen en ese mismo momento el pago de lo que ellos creen merecen por su actividad".

El General José Joaquín Matallana en oficio de 31 de marzo de 1977 dirigido al Juez Doce Superior, expresa:

"*Segundo.* Durante el tiempo que desempeñé las funciones de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, fueron múltiples y casi de permanente ocurrencia, las veces que fue necesario utilizar servicios de diferentes personas remunerados y compensados con dinero, para obtener informes confidenciales o reservados, por razón de las propias actividades del organismo";

d) Así, con cuenta particular, se ha procedido siempre. El Pagador Román Reina Guayacán, de la administración del General Luis Etilio Leiva, dice:

"... quien maneja los citados fondos puede tener el dinero en efectivo o en cuentas corrientes que abre particularmente ...".

Sobre el particular anota el General Matallana en Oficio 00239 de febrero 9 de 1976, transcrito por el señor Procurador en su vista de fondo:

"No existe norma alguna que prohíba al Jefe del organismo de Seguridad depositar los dineros que recibe por concepto de gastos reservados en cuenta especial y ni siquiera en su respectiva cuenta particular".

A continuación informa que por eso él también abrió para manejar los fondos reservados la cuenta número 023088 en el Banco de Colombia.

Lo que la ley manda es que los fondos tengan el carácter de reservados, esto es, que no se manejen en cuenta oficial.

2º *Que giró de fondos reservados $ 400.000.00 al doctor Rafael Azuero Manchola como abono para la compra de una casa para el DAS, y cuando éste devolvió tal suma, el procesado consignó tal valor en su cuenta particular, apropiándoselo* (folios 31 y 32, auto de proceder).

a) El procesado ha explicado satisfactoriamente la historia de tal compra, en cuya escritura pública se comprometió como comprador el nombre del DAS, y cómo para la fecha de suscripción de tal escritura, para la cual debía hacerse un abono, no fue posible hacerlo porque el Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuesto, no había hecho el traslado presupuestal con tal fin de $ 1.000.00 sobrantes del presupuesto del DAS de 1972;

b) Explicó y demostró también el procesado, y la prueba obra en autos, cómo con excepción de un mes, en los 4 años de administración del General Ordóñez, los situados de fondos para gastos reservados los hacía la Tesorería General de la República con retardos de hasta 7 meses, siendo así que los gastos eran de permanente ocurrencia, lo cual explica que al General Ordóñez le reintegraban (no le anticipaban) gastos ya causados (los anticipos eran para el Tesorero General de la República, que anticipaba mensualidades sobre la anualidad presupuestada), por lo cual el procesado se veía en la necesidad de prestar de su peculio personal los dineros necesarios para atender el servicio a fin de no paralizarlo. Se pone de presente el cuadro que relaciona tales retardos. Esta es conducta que pone muy en alto el celo con que el procesado ejercía el cargo;

c) Lo anterior, indica que como los *reintegros* se le hacían al procesado a fin de año, sus saldos en 31 de diciembre de 1970 a 1974, en bancos, fueran altos, y también que eran de su propiedad particular, porque eran *reembolsos.* Por la misma razón, *no tienen por qué coincidir tales saldos con los saldos de bancos del procesado,* o sea que no hay falsedad en el Acta número 003 de 1972, y se deduce también que *los $ 400.000.00 fueron girados del patrimonio personal del procesado.* El juzgador no puede invertir la carga de la prueba;

d) El movimiento de la cuenta bancaria del First National City Bank debe contarse *desde el*

19 de agosto de 1970 (cuenta número 049-158) hasta el 31 de diciembre de 1974 (cuenta número 0413-747), comprendiendo las números 198-978 (del Chicó) y la 276-421 de la Avenida de Chile, lapso total en el cual se consignaron valores en cuantía de $ 2.847.539.43, de los cuales solamente $ 2.317.413.88 corresponden a gastos reservados, o sea que el saldo de $ 530.125.55 corresponden a consignaciones personales del procesado, de diversa procedencia. Esta cuenta no se puede tomar parcialmente, como lo hicieron los peritos de la Contraloría, iniciándola desde diciembre 1º de 1971 (folio 689, cuaderno 1). El procesado presentó sus extractos bancarios para demostrar su aserto.

3º *Que para legalizar los gastos a que se refiere el Acta número 003 de 1972, el procesado devolvió al Pagador $ 9.805.00 que tomó del Fondo de Bienestar Social* (página 17, auto de proceder). Y página 18 del folio 230.

a) Ya se explicó que ese fondo era una institución de beneficencia y servicio social, sin personería jurídica, manejada en su totalidad con dineros particulares. Como eran los últimos días del año, 28 de diciembre, y debía legalizarse el Acta, devolviendo al Pagador los dineros no utilizados para gastos reservados, el procesado hizo un préstamo personal: del dicho Fondo tomó esa cuantía (eran dineros particulares) y la canceló al Pagador. Posteriormente el General Ordóñez la devolvió al Fondo. Nada ilícito se advierte en esta conducta. Hubiera podido girarlos de su cuenta personal del First National City Bank, pero ante la urgencia del reintegro tomó la otra chequera, también particular, y giró de ella.

4º *Que el procesado cesó en el ejercicio de sus funciones el 11 de agosto de 1974, y después giró varios cheques sobre fondos reservados* (páginas 27 y 46 y página 35 del auto que negó reposición).

a) No es cierto. El General Ordóñez ejerció el cargo hasta el 20 de septiembre, fecha del acta de entrega al General Matallana. Este se posesionó el 14, el 15 era feriado, el 16 se hizo presente para empezar a recibir. La entrega duró hasta el 20 de septiembre de 1974. Hasta ese día le pagaron sueldos al General Ordóñez. Ello explica que desde la última acta, de julio de 1974, hasta el 20 de septiembre de 1974 haya girado varios cheques, que además eran de su cuenta particular, de dineros que le habían sido reintegrados por el Pagador y otros personales de distinta procedencia (véase Acta número 01-A/74 y acta de entrega, que contradicen el cargo).

5º *Que el procesado demoró 6 meses en consignar el cheque que por gastos reservados le giró el Pagador el 23 de diciembre de 1970* (página 30 del auto que resolvió reposición del auto de proceder).

a) Ese cheque, según lo explica el procesado, se le extravió, lo cual es posible, humano y de diaria ocurrencia. Es justificable. No es un cargo, ni es indicio de su responsabilidad. Además era un reintegro que le hacía el Pagador: era dinero personal suyo.

6º *Que el general mantenía en caja $ 56.000.00 en diciembre de 1972 y solamente los reintegró al entregar el cargo, posiblemente, siendo que aparecen en actas como entregados* (página 25, auto de proceder).

a) El procesado ha explicado la necesidad de mantener reservas en caja, con destino a las seccionales, para atender gastos *imprevistos*. Ello explica que estuvieran en caja esos dineros y también que se dieran como egresados, en actas, de lo cual no se deduce falsedad ni uso indebido. Como no se gastaron, los reintegró. Si no los egresa en actas, eran utilizables;

b) Extraña que el auto diga que ha debido utilizarlos para reintegrar los $ 9.805.00 que debía restituir al Pagador en diciembre de 1972, porque tal conducta sí hubiera sido irregular;

c) Este es un cargo que no hace el auto de proceder, sino el que niega su reposición.

7º *Que hubo falsedad en las actas de legalización de gastos reservados porque sus saldos no corresponden con los saldos bancarios* (página 52 del auto de proceder y página 29 del auto que niega reposición).

a) Se trata de una grave equivocación, explicable por ausencia de conocimientos en materia contable, comparar los saldos de tales actas con los saldos bancarios, pues aquellos son dineros oficiales y éstos particulares, tienen distinta naturaleza;

b) Los gastos reservados causados y relacionados en tales actas fueron reales y sobre ellos hay reserva legal, imposible de desvirtuar. Luego en tales actas, los egresos corresponden a la realidad, de lo cual responden *todos* los firmantes de las actas, inclusive quienes las aprueban (Consejo de Seguridad). Para que hubiera falsedad se requeriría que *tales gastos no se hubieran causado* y sí aparecieran egresados y finiquitados;

c) El Jefe del DAS *sólo responde de los gastos reservados que haga, de acuerdo con los dineros que para el efecto reciba.*

Esas actas señalan las siguientes *cantidades gastadas:*

Acta 06 agosto a diciembre de 1970 ...	$ 187.093.08
Acta 01 enero y febrero de 1971 ...	53.893.88
Acta 02 marzo a septiembre de 1971	261.338.00
Acta 03 octubre a diciembre de 1971	324.756.00
Acta 01 2ª quincena de diciembre de 1971 a marzo de 1972	179.474.00
Acta 02 abril a agosto de 1972	142.326.00
Acta 03 septiembre a diciembre de 1972	310.019.00
Acta 01 enero de 1973	34.805.00
Acta 02 febrero de 1973	23.000.00
Acta 03 marzo a junio de 1973	81.982.25
Acta 04 julio a octubre de 1973 ...	111.759.00
Acta 05 noviembre de 1973	267.800.00
Acta 06 noviembre a diciembre de 1973	153.276.30
Acta 01 enero a julio de 1974	141.188.31
Total gastos hechos (s/n. actas) ...	$ 2.272.712.82

Nota. A folio 259, cuaderno 2, consta que de los dineros recibidos del Pagador reintegró a éste $ 216.221.47. Según los peritos (folio 290), el reintegro fue de $ 450.554.47. En el Acta 01 de 1974 (julio a agosto) aparece un reintegro de $ 105.994.14.

En el Acta de entrega 002-J de septiembre 20 de 1974, aparece que el General Ordóñez entregó al General Matallana del Fondo de Bienestar Social *$ 48.417.50.*

d) La totalidad de estas actas y de estos gastos fueron fenecidos por el Contralor, así:

Fenecimiento número	
1 de 1971 (sobre Acta 06 de 1970) ..	$ 187.093.08
18 de 1971 (Acta 01 de 1974)	53.893.88
26 de 1971 (Acta 02 de 1971)	261.338.00
28 de 1971 (Acta 03 de 1971)	324.756.00
12 de 1972 (Acta 01 de 1972)	179.476.00
27 de 1972 (Acta 02 de 1972)	142.326.00
1 de 1973 y Resolución 01792 de 1976 (Acta 03 de 1972)	310.019.00
09 de 1973 (Acta 01 de 1973)	34.805.00
15 de 1973 (Acta 02 de 1973)	23.000.00
23 de 1973 (Acta 03 de 1973)	81.982.25
42 de 1974 (Actas 4, 5 y 6 de 1973)	532.835.30
60 de 1974 (Acta 01 de 1974)	141.188.31
73 de 1975 (Acta 01-Aj de 1974) ...	(reintegro)
Total gastos fenecidos	$ 2.272.712.82

Balance:

Total de gastos causados	$ 2.272.712.82
Total de gastos fenecidos	$ 2.272.712.82
Diferencia	$ — 0 —

El Jefe del DAS debe responder *por lo que recibió y gastó en gastos reservados.* En autos obran todos estos documentos para acreditar que rindió cuentas de todo lo gastado, sin faltar a la verdad, y que se le feneció la totalidad de los gastos.

e) Es una enormidad contable y jurídica comparar los saldos de las actas con los saldos bancarios personales. Según los peritos de la Superintendencia Bancaria, el procesado consignó en la cuenta del First National City Bank en los 4 años (1970-1974) cheques no recibidos del Pagador por valor de $ 62.270.00 (página 5), por lo *cual unos* y otros integran "una sola *masa o conjunto, la cual no es posible reparar",* agregan (folio 5), por lo cual concluyen:

"Como se puede apreciar ampliamente en el detalle que acabamos de concluir, no es posible que se correspondan los movimientos contables presentados en las actas, con los movimientos registrados en los extractos correspondientes a las cuentas corrientes del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama" (página 5).

Si no es posible que se correspondan, es un error considerar que hay falsedad porque ***no*** *se corresponden.*

f) En estas condiciones no tiene fundamento ni respaldo el cargo de que *primero hacía las actas,* falsificándolas ideológicamente, y después la apropiación (página 52, auto de proceder y 32 del auto que negó la reposición).

¿Cómo se demuestra que no se causaban los gastos registrados en actas? Es una proposición *indefinida negativa,* imposible de probar. *¿Cómo se demuestra que sí se causaban?* El secreto del gasto impide hacerlo con prueba directa, pero indiciariamente se acredita con los testimonios citados del General Matallana, de José Constantino Galindo, del Pagador Román Reina y otro, sobre la frecuencia del gasto, y por los testimonios de la Comisión de Seguridad, los Ministros.

8º *Que el secreto del gasto fue violado por el procesado al hacer destinatario de varios cheques al doctor Azuero* (página 11, auto de proceder).

a) Es curioso que la Corte ponga en duda el secreto del gasto, al decir "si lo había", en el auto de proceder; pero más extraño es que, sobre la

duda de la existencia de tal secreto erija el cargo de haberlo violado (Código de Procedimiento Penal, artículo 216);

b) El que violó el secreto del gasto fue el visitador-denunciante, quien a pesar de la reserva de tales fondos hizo investigación fiscal y denunció penalmente el manejo de los mismos, dando pie a que la prensa nacional divulgue el hecho. Gracias a ello el país sabe hoy que la seguridad interior y exterior del Estado, y el orden público, se mantienen en buena parte con escasos $ 58.000, y que el propio Presidente de la República se haya ocupado de este proceso, en discursos públicos, cuando aún no se había dictado auto de detención;

c) En su testimonio, el doctor Azuero explicó que ignoraba la procedencia oficial o particular del dinero recibido en anticipo.

E. *La presunta "apropiación".*

El cargo es de peculado en su modalidad de "apropiación", porque en el auto de proceder se lee:

"No cabe duda, entonces, que el General Ordóñez Valderrama incurrió en delito de peculado por apropiación de que trata el Decreto extraordinario número 1858 de 1951, en su artículo 3º" (página 48 del auto de proceder).

a) Según el artículo 3º invocado, la *apropiación* debe ser en *provecho suyo* o *de tercero*. Son inseparables esa apropiación y tal provecho. El provecho revela el ánimo de *no restitución*;

b) La apropiación la deduce el auto (página 46) porque tomó como suyos (página 47) los saldos bancarios *después de que obtuvo el fenecimiento por el monto global* de los gastos reservados. O sea que si los saldos bancarios en 31 de diciembre de 1971, 1972 y 1973, fueron de $ 563.414.66, $ 804.710.66 y $ 368.191.66 se los apropió; y que si giró cheques por valor de $ 594.438.39 después del 11 de agosto de 1974, también se los apropió. O sea que se apropió $ 2.329.755.37. Como según el mismo auto recibió del Pagador $ 2.378.706.26, habría que concluir que dejó de apropiarse $ 48.750.89 (ver folio 293).

Al auto se le olvidó el saldo bancario en 31 de diciembre de 1970, que fue de $ 122.170.66, pues abrió la cuenta desde el 19 de agosto. En tales condiciones se apropió, según el auto, $ 2.451.925.03, en total. Pero como no recibió sino $ 2.378.706.26, habrá que decir que se apropió $ 73.218.77 más de lo que recibió. Pero como además devolvió $ 216.221.47 al Pagador (folio 259, cuaderno 2), hay que concluir que se apropió en total $ 289.440.24 más de lo que había recibido, lo cual es *absurdo*. Además deben agregarse $ 62.270.18, de origen personal consignados en la misma cuenta;

c) Esta es la tesis sostenida aun después del auto de proceder. Posteriormente a éste se le preguntó al Magistrado ponente cuál era la cuantía del peculado, y contestó en auto del 16 de febrero de 1977, con la misma remisión a los saldos, sin determinar la cuantía, y dijo:

"Pero el auto de proceder abunda en datos numéricos y en precisiones contables suficientes, y corre al buen entendimiento del sindicado determinar, con base en ellos, en qué cuantía ha de restituir, si lo desea, los dineros oficiales" (folio 293, cuaderno 2);

d) Ya se anotó cómo para los peritos de la Superintendencia Bancaria los saldos de chequera son inconciliables con los saldos de las actas;

e) Ya se explicó cómo, dados los retardos en los situados de la Tesorería General de la República al Pagador, el procesado asumía de su peculio el pago de los gastos reservados, razón por la cual los pagos que el Pagador hacía al Jefe del DAS eran *reintegros*, que por ser dados al final del año, daban saldos crecidos bancarios al finalizar cada anualidad, los cuales eran de propiedad personal del procesado. El juzgador invirtió la carga de la prueba: él debía demostrar que los saldos son oficiales;

f) Debe anotarse el error contable ostensible de considerar como cuantías de peculado los saldos en 31 de diciembre, pues es sabido que esas mismas cantidades pasan al año siguiente, o sea que el saldo de un año contiene el saldo del año anterior;

g) Si la *apropiación es inseparable del provecho*, éste no está demostrado en autos. Se requiere probar un aumento patrimonial. Ese aumento no se puede deducir de los saldos bancarios. Los peritos de la Superintendencia Bancaria, que conocieron tales saldos, al ser preguntados por tal aumento o incremento patrimonial contestaron:

"Por no ser los firmantes de este informe peritos tributarios, sino expertos en contabilidad bancaria, nos abstenemos de dar concepto sobre el posible incremento patrimonial del General (r) Ordóñez Valderrama en el período que se solicita" (página 11).

De suerte que no hay demostración alguna de apropiación, y los cómputos aritméticos que hace el auto, y que él califica de "incuestionables", de "precisiones contables", son absurdos. Es absurdo afirmar que en los 4 años hubo gastos reservados.

F. *La falsedad ideológica sobre las actas.*

Dice el auto de proceder:

"El total de estos saldos resulta de sumar los sobrantes en chequera de sus cuentas particulares en el First National City Bank. Fue obtenido después que el General Ordóñez Valderrama recibió fenecimiento por el monto global de los fondos asignados al Departamento Administrativo de Seguridad, con la denominación de 'gastos reservados', durante su administración" (página 46 del auto).

Y más adelante agrega en la página 52:

"Los falsos relatos contables contenidos en las actas fueron prerrequisito sin el cual el delito de peculado no habría ocurrido".

a) Ya se anotó que no es posible, porque contradice todas las reglas de la lógica, de la aritmética, de la contabilidad, afirmar que los saldos en chequera deben coincidir con los saldos de las actas de cuentas por gastos reservados. Con esa sola demostración se destruye el cargo de falsedad;

b) Del primer párrafo transcrito, y del segundo, se desprende que primero fue la falsedad y después la apropiación. Y del primero, que la apropiación se hizo *después de los fenecimientos. Pero hay fenecimientos producidos sobre gastos realizados en el año anterior* (véase los fenecimientos número 1 de 1971, sobre el Acta 06 de 1970, el fenecimiento número 1 de 1973, sobre Acta 03 de 1972, el fenecimiento número 42 de 1974 sobre Actas 4, 5 y 6 de 1973). De suerte que *primero fue el saldo bancario en 31 de diciembre y sólo en el año siguiente se produce el fenecimiento* (véase a Romero Soto, "Falsedad", página 159).

Tampoco se ha establecido, en ningún peritazgo, ni en las cuentas que a base de razonamientos hace el auto, que en el día del fenecimiento, o al siguiente, apareciera un saldo bancario igual o mayor al valor fenecido. Ni se ha establecido que en la fecha de las actas, o al día siguiente, en los saldos bancarios se tuviera suma mayor al valor gastado y registrado en actas. Pero, aun cuando se llegare a establecer, está demostrado que cuando el General Ordóñez le entregaba dineros al Pagador lo hacía a título de reintegros, o sea que los gastos ya se habían causado y que esos valores reintegrados eran ahora, por lo tanto, de propiedad personal del procesado (ver Luis Carlos Pérez, "Derecho Penal", Volumen I, 1956, página 437);

c) Afirmar que en las actas hay "falsos relatos contables" es tanto como afirmar *que no se hicieron, gastos reservados,* lo cual no está demostrado *en la realidad.* Pretender demostrarlo *con la apariencia* de los saldos bancarios es absurdo, pues como ya se dijo, y lo afirman los peritos, *no es posible que se correspondan los movimientos contables.*

Afirmar que *jamás hubo gastos reservados en la realidad,* porque esa es la conclusión del auto de proceder, en síntesis, es decir, una afirmación negativa indefinida, pues es imposible de probar, no por lo negativa sino por lo indefinida, como lo explica el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil:

"... las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Se trata de una *negación indefinida absoluta,* que *no es posible probar* dada su indeterminación en el tiempo, espacio y lugar (véase a Hernando Devis Echandía, "Compendio de Derecho Procesal", Tomo II, 2ª edición 1972, páginas 60 y 61, para quien ellas corresponden a los "hechos imposibles": Antonio Rocha, "De la prueba en derecho", 1951, página 20, quien transcribe jurisprudencias de la honorable Corte en que se dice: "*Sólo la prueba de las proposiciones que tienen* un carácter indefinido es imposible").

d) Por lo expuesto, se concluye que no es posible la existencia de un *delito continuado* (Código Penal, artículo 32). Porque para que él se dé es necesario que cada una de las acciones sea delictual, y ninguna acta contiene datos falsos. El auto de proceder no dice que el Acta 1, ni la 2, ni ninguna *en concreto,* contenga relatos falsificados. Se limita a decir que todas son falsas porque sus saldos no coinciden con los bancarios de 31 de diciembre. Para que haya *pluralidad de delitos* (que en eso consiste la figura) se requiere que *cada acto* sea delito. Y ninguna acta puede ser tachada de falsa. Lo que hay es una pluralidad en el error de considerar que hay falsedad ideológica porque no hay la aludida coincidencia.

Todas las actas están *determinadas* absolutamente, en su número, en su fecha, en sus relatos contables, en sus saldos, en sus firmas, y de nin-

guna de ellas, *en particular,* se ha dicho que es falsa. Lo que el artículo 32 del Código Penal ordena es que la ley *considere como uno solo* la pluralidad de delitos. Pero es obvio que primero hay que demostrar que alguno (en este evento, alguna de las actas) es hecho delictual, demostración imposible, que además no se ha hecho. Continuar es proseguir, y no puede proseguir lo que no se ha dado, lo que no ha comenzado. Y la falsedad debe recaer *sobre el hecho narrado, no sobre hechos extraños.*

IV. *Aspectos probatorios.*

A. *Los dictámenes periciales.*

1. *Los aportados por el visitador.*

Según el auto que negó la reposición del auto de proceder, los aportes numéricos dados por el visitador tienen plena validez, porque "vienen de funcionario público, documentadas, *con presunción de autenticidad y de veracidad,* por disposición expresa del legislador" (página 27).

a) Lo que la ley presume en un documento público es la *autenticidad* (relación entre el autor y su obra), no la *veracidad* (Código de Procedimiento Civil, artículo 252). Vienen a cuento las explicaciones de Carrara ("Programa", Tomo II, página 408):

"Los documentos deben ser siempre considerados desde dos aspectos: en relación con ellos mismos, para comprobar su fuerza exterior, y con relación al delito, para apreciar su fuerza interna".

Aquella, agregamos, se refiere a la autenticidad, ésta a la veracidad. Y la veracidad debe ser analizada a luz de las reglas de la sana crítica. En cotejo con las demás pruebas se advierte que no son veraces los "informes" del visitador, porque no se conforman con la realidad (ver Romero Soto, "Falsedad", 1960, página 106) (ver casación penal, 27 de agosto de 1976, doctor Romero Soto).

Cosa distinta es la presunción de legalidad.

b) En primer término no son veraces porque no se conforman con la *realidad contable:* lo que es una *contabilidad de caja* (registro de ingresos y egresos de cada acta, y saldos resultantes de la confrontación de ellos, y sólo de ellos, teniendo en cuenta sólo los dineros *efectivos* movilizados), lo confunde con una contabilidad de *causación* (que tiene en cuenta todo el activo y el pasivo *nominal*). En cada acta sólo hay una contabilidad de caja.

En segundo lugar, porque *sus cifras no coinciden* con las de la pericia aportada por otros funcionarios de la Contraloría, ni con los de la Procuraduría, ni con los de la Superintendencia Bancaria.

En tercer lugar porque carecen de *fundamentos* (lógicos, contables y jurídicos) y de *relación con las conclusiones* (Código de Procedimiento Civil, artículos 237-6 y 241; Código de Procedimiento Penal, artículo 278). No basta decir que los saldos de las actas no coinciden con los de las chequeras, para que se le dé eficacia probatoria.

Como se trata de materias contables, colijo que el juzgador los toma como dictámenes periciales. Pero se trata de un denunciante, que a la vez es "asesor" del Magistrado ponente, y que a la vez *produce* pruebas, o sea que además es perito, una confusión inadmisible. Se argumenta que representa a la Contraloría para dar los peritazgos, pero la Contraloría sólo puede "pedir" pruebas (Código de Procedimiento Penal, artículo 312), *quedando a esto reducida su intervención.* ¿Por qué? Porque la Contraloría, cuando hay perjuicios, puede ser "parte" en el proceso (Ley 20 de 1975) y *no se puede ser a la vez denunciante-asesor-perito y parte.* ¿Por qué, además? Porque la prueba pericial tiene un *rito,* un procedimiento, que comprende *desde la escogencia de los peritos,* con la posibilidad de tacharlos, hasta la rendición del dictamen, con posibilidad de objetarlos. Como no se dio el rito, tampoco las oportunidades para ejercer el derecho de contradicción. Y así se efectuó el derecho de defensa.

Por todo ello sus "informes" periciales carecen de eficacia probatoria. Sin embargo, se les dio credibilidad y eficacia en el auto de proceder, que en ellos se basa.

2. *El otro dictamen de la Contraloría* (folio 689, cuaderno 1 y 14 cuaderno 2).

No obstante las anteriores objeciones, posteriormente se practicó un "dictamen pericial" por expertos de la Contraloría Nacional, del cual anotamos:

a) Su escogencia no se hizo observando el procedimiento legal: los designó la presunta "parte", la Contraloría. No acreditó competencia como contador;

b) El examen de cuentas que verificó lo inicia a partir del 1º de diciembre de 1971 (el procesado ejerció el cargo desde el 10 de agosto de

1970), por lo cual sus datos son incompletos y sus resultados no son veraces. Tampoco concuerdan con los de los demás peritazgos;

c) Su "dictamen" no contiene fundamentos ni conclusiones, no hay análisis de posible faltante, ni determinación de cuantía. Es una simple y limitada enumeración de datos. No puede dársele credibilidad ni eficacia probatoria. El juez no puede sustituir al perito (Código de Procedimiento Penal, 265).

3. *El peritazgo de la Procuraduría.*

Le son aplicables exactamente las mismas objeciones hechas al dictamen anterior.

4. *El dictamen de la Superintendencia Bancaria.*

Antes nos hemos ocupado de éste. Para él no es posible establecer faltante ni sobrante, ni cuantía, ni conciliar los saldos de actas con los saldos de chequeras.

V. *El elemento subjetivo.*

a) Ya dijimos que no es posible separar la "apropiación" del "provecho". Este último constituye el elemento subjetivo, que por lo tanto es normativo. Sobre él, y su relación íntima con la conducta, dice Fernando Bayardo:

"c) Referencia subjetiva del tipo. La apropiación del agente debe ser acompañada de la finalidad del provecho, toda vez que exige el 'beneficio propio o ajeno' (cita de Antonio Cancino, 'Peculado', 1971, página 151)".

Y agrega:

"No nos encontramos frente a una condición de punibilidad como se ha sostenido por algún autor (Manzini), sino frente a un *requisito subjetivo del delito,* un *elemento* de la figura delictiva, que constituye la dirección hacia la que orienta la finalidad de su conducta el agente" (cita de Cancino, obra citada, página 151).

Es evidente que *no basta la apropiación* (en cualquiera de sus formas: consunción, enajenación o distracción), para que se dé el peculado, como no basta para que se dé el *abuso de confianza* (con el cual guarda gran similitud, y en el que también se exige aprovechamiento y apropiación), sino que es *absolutamente necesario,* por ser exigencia normativa, porque no se pueden separar la acción y la intención, que se demuestre también el *provecho,* y en el caso de autos no se ha demostrado el *incremento patrimonial,* en el cual estaría representado tal *elemento constitutivo.* Apropiación, daño, y provecho, integran una unidad constitutiva del peculado por apropiación. Puede ser suficiente el dolo genérico en el peculado por cambio de destinación, pero jamás puede faltar el "aprovechamiento" en el de apropiación, ni el abuso de confianza, cuando se les considera como consumados.

b) Para definir el *abuso de confianza,* el Código Penal, artículo 412, incluye en su descripción constitutiva la expresión *el que se apropie en provecho suyo o de un tercero;* y al tipificar el *peculado,* el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951 emplea la *idéntica* de *que se apropie en provecho suyo o de un tercero.* Para el abuso de confianza la jurisprudencia ha reconocido la integración entre los elementos *intención - provecho.* También lo reconoció la Comisión Redactora del Proyecto del Código Penal, según lo recuerda Luis Carlos Pérez: "*La apropiación es concomitante con el provecho, pues no basta el simple propósito de utilizar la cosa, cuestión resuelta así, con toda claridad,* en la Comisión Redactora". Y a continuación transcribe a Lozano y Lozano, quien entonces expresó: *Lo esencial en este delito no es propiamente el propósito, sino la efectividad absoluta del propósito* ... ("Derecho Penal Colombiano" Parte Especial, Volumen III, 1959, página 413).

De suerte que ante la situación igual del peculado, debe aplicarse a éste la misma interpretación dada al abuso de confianza. Ninguna razón lógica ni jurídica autoriza el cambio de criterio.

VI. *La oportunidad de reintegro como condición de procedibilidad.*

Ya dijimos que las deficiencias procesales que puedan advertirse en el proceso que se cuestiona no son consideradas como principales por la defensa, pues su interés se dirige a la absolución. Pero es obvio que el juzgador debe considerarlas antes de proferir sentencia de mérito. Sobre esas bases, presentamos a la consideración de la honorable Sala el siguiente análisis:

a) El Decreto-ley número 911 de 1932 dispone que "*terminadas tales visitas* (de los visitadores fiscales de la Contraloría Nacional) *se dará aviso escrito de los resultados del examen de las cuentas correspondientes a los mencionados empleados o agentes*" (a los cuentadantes, artículo 18);

b) Por su parte, el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951 establece que,

en relación con el peculado por apropiación, la pena se reduce hasta en la mitad "*si antes de que inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituye lo apropiado o su valor,* o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio ...";

c) El tratadista Luis Carlos Pérez encuentra con razón dificultad de aplicar esta atenuante, dado que precisamente una finalidad del proceso penal es la de determinar ese monto. Y por ello anota que para solucionar el problema, es necesario:

"a) *El autor de la denuncia, o el fiscalizador, debe hacer constar en el acta no sólo la naturaleza y el monto del alcance sino los perjuicios notorios ocasionados a la administración, a fin de que en el tiempo que media entre la formulación de la denuncia y el auto cabeza de proceso, pueda el sindicado reintegrar los bienes y pagar el valor del daño.*

"b) *Esta estimación tiene un carácter provisional y sirve apenas como base para la tasación definitiva del daño y como índice del propósito del sujeto para ponerse a paz y salvo*" ("Derecho Penal Colombiano", parte especial, Tomo I, 1956, página 163);

d) Lo anterior nos indica que la exigencia del artículo 18 del Decreto-ley número 911 de 1932 es un mandato de forzoso cumplimiento, sin cuyo cumplimiento *es imposible* hacer operante el atenuante previsto en el Decreto Extraordinario Nº 1858 de 1951. Hay una relación inevitable entre estas dos normas, por remisión receptiva de la exigencia administrativa, en virtud de la cual sin el cumplimiento de la prevista en el artículo 18 citado es *imposible la determinación de la pena sin afectar el derecho de defensa.* En tales condiciones la *oportunidad del reintegro* aludida se convierte, por ministerio de la ley, y no por simple elaboración de doctrina, en una auténtica *condición de procedibilidad,* sin cuya satisfacción no es posible dictar auto cabeza de proceso. Cuando hay omisión de tal condición, al instructor le corresponde dictar el auto *inhibitorio* de que trata el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, o el que ordena *investigación preliminar,* previsto en el artículo 320 bis, ibídem, por cuanto que en tales condiciones, *la acción penal no puede iniciarse.* Por lo demás, éstas son exigencia que hacen parte del *juicio previo,* a que alude el artículo 26 de la Constitución Nacional;

e) En el caso de autos, el visitador denunciante no levantó acta alguna que señalara faltante, como era su deber. A la denuncia tampoco la acompañó. Y especialmente, antes de ésta *no le dio oportunidad al denunciado* para que diera explicaciones sobre el presunto faltante o apropiación, y para que reintegrara su valor, si fuere el caso. Se violaron, pues, tales normas, y por ello sería procedente la nulidad procesal (ver folios 359 y 360, cuaderno 2).

VII. *El momento consumativo del presunto peculado.*

1. No se ha dicho en el auto de proceder cuál fue el momento consumativo del presunto peculado. Al decir que cada uno de los saldos bancarios en 31 de diciembre es constitutivo de peculado, está indicando que en esas fechas, dado que lo toma como delito continuado, se consumó el supuesto ilícito. Según lo ha dicho la jurisprudencia en relación con el abuso de confianza, ese momento corresponde a aquél *en que se manifiesta por actos positivos el ánimo o la intención o el propósito de apropiarse el agente en provecho suyo o de un tercero, la cosa mueble ajena que se le entregó por un título no traslaticio de dominio* (15 de julio de 1952, LXXII, 685), determinación que también debe aplicarse al peculado.

¿Entonces cuándo se manifestaron esos *actos positivos?* ¿Cuándo abrió la cuenta corriente particular? ¿En los 31 de diciembre de los años 1970 a 1974? ¿Cuándo canceló la cuenta bancaria? ¿Cada vez que giró sobre esa cuenta? ¿Cuándo? (ver casación penal, 4 de abril de 1975, ponente: doctor Bernal Pinzón).

2. Debe tenerse en cuenta que el Jefe del DAS, en razón del régimen legal de excepción, recibe del pagador los dineros para gastos reservados para que los maneje con la autonomía antes indicada, de suerte que hay una entrega a manera de *consignación,* o de fondo rotatorio, tal vez; y que la *forma de entrega es la que determina* el momento consumativo en los delitos de peculado y de abuso de confianza. En relación con este punto ha dicho la jurisprudencia:

"En tratándose de la comisión de un delito de abuso de confianza, por la no entrega de valores o mercancías provenientes de una consignación, la ejecución material del hecho, necesariamente, debe vincularse a la obligación de entregar. Por esto la responsabilidad sólo puede configurarse jurídicamente en el momento en que debiendo entregarse el dinero o la mercancía dada en consignación, adquiere realidad objetiva por la apropiación de las cosas muebles ajenas, confiadas por

un título no traslaticio de dominio, que es lo que propiamente constituye el delito'' (auto, 26 de Nov. de 1955, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXI, página 851).

Es esta apreciación la que ha conducido a la jurisprudencia a determinar que en los casos de abuso de confianza no se puede establecer momento consumativo sino hasta después de que se haya liquidado la relación que dio origen a la entrega de la cosa, o sea *hasta cuando se hayan liquidado las cuentas.* Es indudable que apreciación similar debe hacerse en el caso del peculado. Y en el caso de autos, ese momento consumativo sólo vendría a aparecer en la fecha del *último finiquito,* o por lo menos en *la del acta de entrega.* Sólo entonces podría decirse si el procesado no devolvió lo no gastado, apropiándoselo. Y en autos consta que *en todas las actas* aparece que el procesado daba cuenta de lo que gastaba y devolvía lo no gastado; que en las *actas que cerraban cada vigencia fiscal anual* sucedía lo mismo; y que igual situación se dio en el *acta de entrega.* No hubo, pues, momento consumativo, porque no se dio el ilícito.

Podrá argumentarse en contrario, diciendo que las actas de cuentas no pueden considerarse *porque ellas son falsas,* pero ya está demostrado la imposibilidad y la atipicidad de tal falsedad.

VIII. *La imposible antijuricidad.*

1. En la conducta del encausado no se dio antijuricidad *formal,* porque no hubo oposición o violación de la ley o violación de la ley de excepción, dentro de la cual debía actuar; tampoco hubo antijuricidad *material,* porque ninguna lesión o daño patrimonial causó, ni se ha probado, ni se ha cuantificado, ni es posible hacerlo. La *confianza* y la *fidelidad* con que debía manejar tales fondos no sufrieron lesión: las cuentas rendidas en actas lo revelan y es de notoriedad pública que bajo la administración el servicio de atención al orden público se prestó con prontitud, eficacia y especialísimo celo, en contraste con el de otras épocas.

2. Pero si no se aceptara esta tesis, habría que admitir que se dio la *causal de justificación* de antijuricidad consistente en el *cumplimiento del deber:* el de dar prioridad al mantenimiento del orden público, que hacía necesario mantener los dineros en condiciones tales que hicieran fácil su oportuna y móvil utilización en beneficio del servicio, deber prioritario que le señala el Decreto-ley número 3169 de 1968 y el 625 de 1974, al definir las funciones del Jefe del DAS. Y simultáneamente la causal de justificación consistente en el *ejercicio de un derecho:* el de reintegrar a su peculio personal los dineros que le cancelaba el Pagador del DAS cuando ya los gastos se habían causado, y atendido con los dineros personales del procesado, por lo cual hacía suyos los dineros producto de tales reintegros, cuyos saldos finales han dado margen para edificar la sospecha, no el indicio, de una presunta apropiación.

Por las mismas razones no puede atribuírsele *culpabilidad,* desprecio por el orden jurídico, porque tal deber y tal derecho la eliminan, y porque actuó conforme al régimen legal de excepción; y porque en última instancia actuó con explicable *error de derecho,* al considerar, con sobradas razones, que estaba gobernado por un régimen legal de excepción que apenas lo era en apariencia: la ausencia de control previo, la experiencia de sus antecesores, el carácter reservado de los gastos, la forma de rendición de cuentas, eran motivos suficientes para verse inducido en él.

En *conclusión final,* la defensa solicita sentencia de mérito absolutoria, por cuanto no hay *atipicidad, no hay antijuricidad, no se dio culpabilidad.* No se dieron los requisitos exigidos para condenar por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

A ese error de derecho llegó, además, *por su condición de militar.* El procesado no es ''ex-militar'' sino General retirado, lo cual es distinto. Y no se puede juzgar lo mismo a un militar que a un civil. Este está adiestrado en el manejo de las cuestiones administrativas; aquél no. Y particularmente, para los cargos de ''empleados de manejo'', en las Fuerzas Armadas y Militares se utiliza personal civil, porque el Militar, por razones de subordinación y mando, no es apto, *no es sujeto utilizable.* Conservando las diferencias de los casos, este diferente tratamiento judicial, según sea militar o no, lo expuso Jorge Eliécer Gaitán en la célebre defensa del Teniente Cortés Poveda, la última de sus intervenciones forenses (ver ''Los mejores discursos de Gaitán'', Editorial Jorvi, Caracas, 1968, página 540).

3. El giro hecho a Azuero Manchola, *para salvaguardiar el honor* del DAS, así haya sido hecho con dineros particulares, frente al incumplimiento de la escritura pública, tiene su paralelo en el auto de procedimiento dictado por la honorable Corte, el 11 de diciembre de 1972, en el caso de los Cónsules en Nueva York Pedro Olarte Res-

trepo y Alvaro Forero, con ponencia del doctor Humberto Barrera Domínguez.

4. La tesis de que los dineros oficiales no son materia de peculado por mantenerlos fuera de las cuentas oficiales, si se reintegran en oportunidad, y la de que no hay peculado por apropiación sin daño patrimonial evaluable, fue aceptada por la honorable Corte en casación de junio 15 de 1973, Acta número 24 de junio 14 de 1973, con ponencia del Magistrado doctor Luis E. Romero Soto, a la cual me remito.

Consideraciones

Competencia de la Corte.

Dijo la Sala en el auto de proceder:

"*Competencia de la Corte.* En escrito separado el doctor Pedraza Picón presenta a consideración de la Sala petición para que se declare nulo el sumario a partir del auto cabeza del proceso dictado el 6 de agosto de 1975, al tenor del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal —la incompetencia del juez—, en concordancia con el numeral 2º del artículo 151 de la Carta, cuyo texto reza:

"151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia: ...

2ª Conocer de las causas que por motivo de responsabilidad, por infracción a la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los jefes de los Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares y Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, los Comandantes Generales y los Jefes Superiores de las Oficinas de Hacienda de la Nación".

Arguye que la competencia especialísima asignada en el artículo 151, atribución segunda de la Carta a la Corte Suprema de Justicia es jurisdicción excepcional de restrictísima aplicación *(exceptio restrictisima est)* por lo que no cabe extensión jurisdiccional ni analogía de competencias. Y advierte:

"Se cuestiona pues una excepción a los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y por ello, se ha de tratar con el cuidado jurídico no a la persona que se juzga sino a su investidura. Tal fuero pues, no se da jamás en función de la persona, por lo que el vulgo siempre determina tal especialidad con referencia al cargo, a la función y así se dice, 'fuero parlamentario', 'fuero militar', 'fuero diplomático', 'fuero eclesiástico', 'fuero real' ".

El artículo 151 de la Constitución Política, que omite citar en su numeral primero el cuestionante, dice:

"Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97".

Y el artículo 97: ...

"2ª Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no, lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema".

Entre las atribuciones especiales de la Cámara de Representantes, el artículo 102 de la Constitución trae las siguientes:

"... ... ...".

"4ª Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este último caso por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos".

En acuerdo con las transcripciones anteriores, unas son las atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia y otras las del Senado de la República y las funciones específicas que corresponden a la Cámara de Representantes en el juzgamiento de los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97.

Al tenor de la atribución 4ª del artículo 102 cumple a la Cámara de Representantes acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitu-

cionales o legales, al Presidente de la República y a los demás altos funcionarios comprendidos en su texto. No figuran entre ellos los Jefes de Departamento Administrativo ni los otros funcionarios taxativamente señalados por el numeral 2º del artículo 151.

La Carta prescribe condiciones previas, inexcusables requisitos de procedibilidad para el juzgamiento por la Corte del Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, sin cuyo cumplimiento no adquiere competencia. Estos funcionarios gozan de fuero pleno. Satisfechos aquellos, la Corte puede juzgarlos por violación de la Constitución y las leyes y, en su caso, no distingue entre delitos de responsabilidad y delitos comunes cometidos cuando ocupaban sus empleos.

Es más. El artículo 131 advierte que el Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, y el que se halle encargado del poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes, y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa. Aquí tampoco distingue el constituyente entre delito de responsabilidad y delitos comunes. Por los delitos comunes cometidos por el Presidente de la República o por el encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, con antelación al desempeño de sus funciones los juzga la Corte si son satisfechos los requisitos de procedibilidad consignados en el artículo citado. Fuero especial limitado al período de Presidente.

Los Jefes de los Departamentos Administrativos y los demás funcionarios de que trata el artículo 151, numeral 2º, gozan de fuero restringido a las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan en su contra, de las cuales conoce la Corte Suprema de Justicia, sin que importe que el funcionario acusado de un delito de responsabilidad, que sólo pudo cometer en ejercicio de sus funciones y por razón de las mismas, se encuentre, en el momento de su juzgamiento, fuera del cargo. De las imputaciones por delitos comunes que se les hagan a estos funcionarios conocen los jueces ordinarios competentes.

Así pues el artículo 102, ibídem, señalado por el memorialista, se contrae en su atribución cuarta a los altos funcionarios del Estado precisados en él, y por las mismas razones apuntadas por el señor apoderado no cabe extender, por analogía, la competencia de la Corte a otros funcionarios o situaciones no contenidas en sus ordenamientos. Tanto más si el artículo 151 de la Constitución establece en su numeral 2º competencia específica de la Corte para conocer de las causas de los funcionarios allí designados y el artículo 97 ibídem, prescribe los juicios que se siguen ante el Senado, de los que, está excluido el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad. En materia de competencia no son de recibo, ciertamente, interpretaciones por extensión o analogía, muy especialmente si ella ha sido fijada concretamente en el Código Institucional. Ni siquiera el legislador ordinario es permitido ampliar o restringir el ámbito de lo que en la Constitución es conciso. La jurisprudencia del 12 de febrero de 1946, citada por el apoderado Pedraza Picón, es del tenor que sigue:

"... ha de tenerse en cuenta únicamente la naturaleza del hecho ilícito, de suerte que de los delitos de responsabilidad juzga la Corte ... ya estén (los funcionarios acusados) en ejercicio de su cargo o bien hayan dejado de ejercerlo; y si se trata de delitos comunes, el juzgamiento no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte. Además, si se va a juzgar un delito común y un delito de responsabilidad la regla de que conocerá de la causa el juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50 del Código de Procedimiento Penal —actual artículo 39—), está subordinada a las disposiciones constitucionales que, como es obvio, deben aplicarse preferentemente ... Si se trata de concurso real de delitos y los hechos son separables, ni la Corte juzga a uno ni el juez ordinario puede juzgarlo por delito de responsabilidad; si se trata de concurso ideal o formal de infracciones, la jurisdicción especial (en este caso la de la Corte) debe conocer de todos los cargos a no ser que no haya motivo para proceder por el de responsabilidad, caso en que debe enviarse el proceso a la justicia ordinaria, porque desechada la conexidad entre el cargo de responsabilidad y el delito común, corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios comunes juzgar acerca de esta última".

De donde se deduce que los funcionarios que taxativamente señala el artículo 151 de la Carta son juzgables por los delitos de responsabilidad por la Corte Suprema de Justicia. Y por los delitos comunes, por los jueces competentes ordina-

rios, así hubieren incurrido en ellos cuando se encontraban en el desempeño de sus empleos.

No fue distinto el pensamiento de la comisión de reformas al Código de Procedimiento Penal reunida en 1936 citado por el abogado Pedraza Picón. También ella distinguió, con el acuerdo unánime de sus integrantes, entre delitos de responsabilidad y delitos comunes. Y dejó claramente establecida la competencia privativa de la Corte para conocer de los delitos de responsabilidad cometidos por los funcionarios taxativamente enumerados por el artículo 151 de la Carta, en ejercicio de sus funciones, estén o no en sus empleos.

Las precisiones de la Constitución al respecto no pueden hacerse extensivas, por analogía, a los jueces ordinarios justamente porque el fuero mira más a la naturaleza del hecho que a la calidad del funcionario. Y porque extenderlo, en la forma pretendida por el memorialista, sería tanto como convertir los delitos de responsabilidad en delitos comunes. Teniendo en cuenta además, que las normas sobre competencia son de orden público y de aplicación restringida'' (folios 33 a 39, cuaderno número 3).

En audiencia pública, con la finalidad de dar énfasis a sus alegaciones sobre la incompetencia de la Corte, la defensa hizo hincapié en que las actas que recogen los trabajos preparatorios del Código de Procedimiento Penal vigente —Acta número 45 de 1936— trae la siguiente aclaración del comisionado doctor Timoleón Moncada:

''Doctor Moncada. Según la Constitución, al Presidente de la República y demás funcionarios señalados en el numeral 5º, mientras estén en desempeño del cargo, debe asignárseles fuero especial, cualquiera que sea el delito, común o de responsabilidad; en segundo lugar, a los funcionarios mencionados en el numeral 6º, debe otorgárseles Tribunal especial únicamente cuando se trate de la primera especie de delitos. Tanto una como otra norma están claramente establecidas en el artículo que se discute. Finalmente, para efecto de consignar la idea de ustedes, *según la cual el funcionario que ha cometido un delito común en el tiempo en que desempeñaba el cargo y va a juzgársele a tiempo que ha cesado en el ejercicio de su empleo no debe tener fuero especial, basta negar el inciso final* (subraya la Sala).

La Presidencia pone en votación el inciso final que se discute, resultando negado por unanimidad de votos'' (''Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal'', página 137. Acta número 45).

En el Capítulo II —de la competencia por la naturaleza del hecho—, dice el artículo discutido por la comisión:

''*Asuntos de que conoce la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal.*

''Artículo. La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente y en una sola instancia, de los asuntos siguientes:

''1º ... ...

''5º De las causas que se sigan contra el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado en los casos señalados por el artículo 97 de la Constitución Nacional.

''6º De las causas que por motivos de responsabilidad por infracción a la Constitución o leyes o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, el Contralor General de la República y el Tesorero General de la misma.

''7º De las causas de responsabilidad por infracciones penales cometidas por los Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional''.

El inciso final ''negado'' a que se refiere concretamente la defensa, decía:

''Si cuando se decida sobre el mérito del sumario, las personas mencionadas en este artículo no estuvieren ejerciendo los cargos que tenían cuando incurrieron en la infracción penal porque se les va a juzgar, no por ello perderá la Corte la competencia para conocer de ese caso'' (página 107).

Con lo que se comprueba que la afirmación de la Sala es correcta, pues la supresión del inciso comentado la ratifica, y su negación carecía de alcances distintos a los de privar del fuero a las personas de que tratan los numerales 5º, 6º y 7º del proyecto, por delitos comunes cometidos en ejercicio de sus funciones.

Los aspectos normativos y el régimen de excepción.

No discute la Corte el régimen normativo de excepción que gobierna la administración y manejo de los fondos reservados, que permite al Jefe

del Departamento Administrativo de Seguridad, disponerlos a su buen criterio, con la sola obligación de no rebazar el monto anual de los dineros recibidos y emplearlos en la prevención del orden público. Su justificación, como lo advierte la defensa, queda reducida a la determinación de su cuantía en acta levantada por el Jefe de Seguridad, el Secretario General y el Pagador. Su legalización es muda en lo demás. Aprobada el acta por el Consejo de Seguridad, debe ser llevada al Contralor General de la República. Este la aprueba de plano, pues también está excluido de conocer la entidad del gasto reservado. El control que debe practicar él personalmente se limita a comprobar que los gastos no rebasen las partidas presupuestadas con su finalidad específica.

Pero de las premisas anteriores no se deriva para el ordenador de los gastos reservados, que lo es el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, la facultad *ad libitum* de manejarlos a su antojo o en menesteres distintos a los que las necesidades del Departamento aconsejen, como sería llevarlos a sus cuentas corrientes particulares, fingir en todo o en parte su inversión o por este medio establecer saldos a favor del cuentahabiente y omitir su devolución con desconocimiento y violación de las normas fiscales que la ordenan perentoriamente.

El régimen de excepción que permite al Jefe de Seguridad determinar el gasto en su cuantía, no lo excusa de falsedad en su determinación. Esta debe ser veraz. Y si el acta por medio de la cual el Jefe de Seguridad justifica el gasto registra saldos indebidos, el cuentadante, en este caso concreto —el Jefe de Seguridad— responderá penalmente por su irregular conducta. Que no es válida tampoco la afirmación de la defensa según la cual si el Contralor General de la República ha de ejercer personalmente el control sobre la cuantía del gasto, carece de facultades para delegar su verificación, por dicho concepto, al través de los visitadores fiscales de su dependencia.

Corresponde al Contralor General de la República, en forma privativa, legalizar el gasto en su cuantía. Pero no le está prohibido ordenar su inspección por un visitador fiscal. Lo privativo del Contralor es el fenecimiento del acta que registra el movimiento de los fondos reservados. Pero así como la justificación del gasto por el Jefe de Seguridad ha de ser veraz, es decir, real, así también el fenecimiento privativo del Contralor debe corresponder a un hecho tangible, lo que tanto vale como decir que los datos numéricos —ingresos, egresos y saldos contabilizados en actas— deben ofrecer plena correspondencia, al menos en su cuantía global, con los ingresos, egresos y saldos contabilizados en las cuentas corrientes abiertas por el Jefe de Seguridad para su depósito y manejo.

A contrario de lo afirmado por la Corte, la defensa presume que los fondos reservados admiten solamente un control formal, restringido a la sola verificación de la existencia del acta, y si lleva las firmas requeridas y la aprobación del Consejo de Seguridad. Y si, además, las partidas de ingresos, egresos y saldos registrados en ella se corresponden entre sí numéricamente. No importa si los datos contables consignados en actas son mentirosos. Es decir, que la naturaleza de los fondos reservados exime al Jefe de Seguridad de toda responsabilidad en su manejo.

Así, entonces, si llegare a comprobarse que la huella digital estampada sobre el recibo de un presunto gasto reservado corresponde a un fingido informante, que no recibió suma alguna del Jefe de Seguridad o de sus agentes, dicha comprobación, inocua, según criterio de la defensa, sería irrelevante jurídicamente y privaría de competencia a los jueces de la República para averiguar el falso. Lo que ciertamente pugna con el buen entendimiento de las normas que gobiernan la administración de los fondos reservados, cuya intimidad y secreto no excusa de honestidad al funcionario que los administra.

Admitiendo, en gracia de discusión, que una vez recibidos los fondos reservados por el Jefe de Seguridad de manos del Pagador de su Departamento Administrativo puede llevarlos al cajón de su escritorio, haciendo, por este modo, imposible para el Contralor General de la República verificación distinta de la simplemente formal sobre los datos contables consignados en actas, el supuesto imaginado en el párrafo anterior, denunciado por cualquier persona a los jueces competentes y comprobado por ellos, haría incurso al funcionario en responsabilidad penal. De lo que se deduce igualmente que la obligación de poner en conocimiento de los jueces las transgresiones a la ley penal no requiere delegación. Es deber de los ciudadanos y obligación perentoria de los funcionarios. Su omisión por éstos configura delito de abuso de autoridad.

Indagatoria del General Ordóñez Valderrama.

En ampliación de indagatoria solicitada por el procesado con anterioridad a la resolución del

recurso de reposición interpuesto por su apoderado contra el auto por medio del cual la Corte lo llamó a responder en juicio por los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado, en concurso material y en la modalidad de continuados, dijo el General Ordóñez Valderrama que en la cuenta particular abierta por él en el First National City Bank con destino a los fondos reservados, mantuvo en todo tiempo, fondos particulares suficientes para justificar los anticipos que en cuantía de cuatrocientos mil pesos hizo al doctor Azuero Manchola y para atender en su oportunidad, con sus dineros propios, los requerimientos impostergables del orden público confiado al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad. En la diligencia hizo entrega al Magistrado sustanciador de un cuaderno de extractos bancarios y, adjuntó a él, en la primera página, un resumen contable según el cual en dicha cuenta corriente, durante el tiempo que estuvo al frente de la jefatura del DAS, registró un movimiento de dos millones ochocientos cuarenta y siete mil pesos con cuarenta y tres centavos, superior en más de quinientos mil pesos a los fondos oficiales recibidos del Pagador de ese organismo, que no sobrepasaron la suma de dos millones trescientos sesenta y dos mil pesos.

El auto de proceder

Como los datos contables que el General Ordóñez Valderrama ofreciera al examen de la Corte y en los cuales la defensa encuentra apoyo para justificar su conducta acusaban muy apreciables diferencias con los datos contables que la investigación tenía establecidos, la Sala, al decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto de proceder, se vio en la necesidad de comprobar que el sindicado nunca tuvo en sus cuentas corrientes destinadas a los fondos reservados, mezclados con ellos, fondos particulares suyos en cuantía superior a sesenta y siete mil trescientos ocho pesos con setenta y siete centavos.

Para su demostración hizo la Sala un detenido análisis de los extractos bancarios que acompañó a su declaración el Jefe de Cuentas Corrientes del First National City Bank, señor Arana (folios 163 y 164, del segundo cuaderno original), que coinciden en un todo con los extractos bancarios entregados al Magistrado sustanciador por el General Ordóñez Valderrama en su ampliación de indagatoria y con los estudios contables realizados por los visitadores fiscales de la Contraloría General de la República y por los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación.

Dicho análisis es del siguiente tenor:

Cuenta corriente número 198-978. —27 de octubre de 1970 a 31 de diciembre de 1971—.

INGRESOS	DEBE
27 de octubre de 1970 —Fondos particulares—	$ 5.038.59
16 de noviembre de 1970 —Fondos oficiales—	116.000.00
16 de noviembre de 1970 —Fondos particulares—	53.270.18
DEBE $ 169.270.18	
EGRESOS	HABER
Por cheques girados	$ 52.118.11
Nota débito, chequera	$ 20.00
HABER $ 52.138.11	
SUMAS $ 174.308.77	$ 52.138.11
Saldo en 31 de diciembre de 1970, según extracto bancario	$ 122.170.66
Sumas iguales: Debe $ 174.308.77. Haber	$ 174.308.77

Observaciones.

En el acta de comprobación de gastos al lapso comprendido entre el 27 de octubre de 1970 y el 31 de diciembre del mismo año, el General Ordóñez Valderrama, estableció como saldo oficial la suma de $ 3.613.68, y la reintegró al Pagador del DAS por medio del cheque número 15204 de 30 de diciembre de 1970, girado contra la misma cuenta número 198-178. Y legalizó gastos por $ 183.800.00. No dejó según Acta número 006 del 28 de diciembre de 1970, un solo centavo en cuenta. Pero el saldo en chequera, a su favor, fue de $ 122.170.66.

Movimiento Registrado en el año de 1971

SALDOS:

En bancos 1º de enero de 1971 - Extracto bancario	$ 122.170.66
22 de marzo de 1971 —Fondos particulares—	$ 9.000.00

EGRESOS

Fondos en bancos

Cheque de 10 de marzo de 1971		$ 2.000.00
SUMAS	$ 131.170.66	$ 2.000.00
Saldos en 1º de abril de 1971		129.170.66
Sumas iguales	$ 131.170.66	$ 131.170.66

Mes de abril de 1971

SALDOS

Fondos en bancos 1º de abril $ 129.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos

Cheque oficial número 856719 de 17 de marzo consignado en 23 de abril	$ 116.000.00	
EGRESOS	$ 000.000.00	
SUMAS	245.170.66	000.000.00
Sumas iguales	$ 245.170.66	$ 245.170.66

Mes de junio de 1971

SALDOS

Fondos en bancos ... ... $ 245.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos

5 de junio cheque oficial número 792669	$ 58.000.00	
EGRESOS	000.00	
SUMAS	303.170.66	
Sumas iguales	$ 303.170.66	$ 303.170.66

Mes de septiembre de 1971

SALDOS

Fondos en bancos el día 30 $ 303.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos ... ... $ 406.000.00

EGRESOS

No los hubo

SUMAS	$ 709.170.66	$ 000.000.00
Sumas iguales	$ 709.170.66	$ 000.000.00

Octubre de 1971

SALDOS

Fondos en bancos ... ... $ 709.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos ... ... $ 000.000.00

EGRESOS

Fondos en bancos cheque número 15206, cobrado por ventanilla el 8 de octubre	$ 100.000.00

SALDOS

Fondos en bancos el día 30 $ 303.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos ... ... $ 406.000.00

EGRESOS

No los hubo

SUMAS	$ 709.170.66	$ 000.000.00
Sumas iguales	$ 709 170.66	$ 000.000.00

Octubre de 1971

SALDOS

Fondos en bancos ... ... $ 709.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos ... ... $ 000.000.00

EGRESOS

Fondos en bancos cheque número 15206, cobrado por ventanilla el 8 de octubre		$ 100.000.00
SUMAS	$ 709.170.66	$ 100.000.00
		609.170.66
	709.170.66	709.170.66

Noviembre de 1971

SALDOS

Fondos en bancos

Según extracto bancario en 1º de noviembre	$ 609.170.66

INGRESOS

Fondos en bancos	$ 000.00

EGRESOS

Fondos en bancos

Traspaso de la cuenta corriente número 198-978 a la cuenta número 276-421 y por cheques girados números 15207 y 15208 noviembre 29 y 30		
TRASPASO	$ 449.040.66	$ 609.170.66
Cheques girados	160.130.00	
Sumas iguales	$ 609.170.66	$ 609.170.66

En esta forma quedó cancelada la cuenta corriente número 198-978.

Los únicos fondos particulares depositados en esta cuenta fueron los siguientes:

1. Consignación inicial del 27 de octubre de 1970	$ 5.038.59
2. En noviembre 16, diversos valores ...	34.750.18
3. Diciembre 16	18.520.00
4. 22 de marzo de 1971	9.000.00
SUMAS	$ 67.308.77

Movimiento de fondos oficiales según la cuenta corriente bancaria número 276-421.

De: 1º de diciembre de 1971 a 24 de julio de 1973.

First National City Bank

INGRESOS

FONDOS EN BANCOS

TRASPASO DE FONDOS

Valor de la Nota Crédito de 1º de diciembre de 1971 (traspaso de fondos del saldo de la cuenta corriente número 198-978, a la cuenta corriente número 276-421), por orden del señor Jorge Ordóñez Valderrama	$ 449.040.66

INGRESOS

A: *Fondos en bancos*

Valor de los cheques oficiales girados por el Pagador del DAS a Jorge Ordóñez Valderrama de 1º de diciembre de 1971 a 24 de julio de 1973, consignados y contabilizados en extractos bancarios, en la cuenta corriente número 276-421	$ 922.000.00

Así:

Cheque Nº	
989468 - 20 Dic./71	$ 58.000.00
856719 - 17 Mar./71 ...	116.000.00
149082 - 14 Abr./72 ...	150.000.00
149177 - 5 Jun./72 ...	141.000.00
1066873 - 15 Nov./72	232.000.00
149568 - 12 En./73	59.000.00
26316-A - 18 Abr./73 ...	116.000.00
149750 - 8 Jun./73	58.000.00
	$ 922.000.00

EGRESOS

De: *Fondos en bancos*

Valor de los cheques girados contra éstos fondos por el General Jorge Ordóñez Valderrama y traspaso de fondos de la cuenta corriente número 276-421, a una tercera cuenta corriente número 0413-747, en julio 24 de 1973, contabilizados en extractos bancarios	$ 1.371.040.66

Así:

Por: *Cheques girados*

Cheque Nº			
987051 - 30 Dic./71	....	$ 59.626.00	
987052 - 6 Mar./72	....	11.000.00	
987052 - 14 Abr./72	....	100.000.00	
987054 - 5 Jun./72	....	50.000.00	
987055 - 12 Nov./72	....	100.000.00	
987056 - 18 Dic./72	....	20.704.00	
987057 - 12 En./73	....	100.000.00	
987058 - 25 En./73	....	200.000.00	
987059 - 3 Feb./73	....	100.000.00	
987060 - 18 Abr./73	....	100.000.00	
987061 - 25 Abr./73	....	100.000.00	
987062 - 13 Jun./73	....	11.500.00	
			$ 952.830.00

Por: *Traspaso de fondos*
Valor de la Nota Crédito de 24 de julio de 1973 correspondiente al traspaso de fondos del saldo de la cuenta corriente número 276-421 a la tercera cuenta corriente número 0413-747, ordenado por el General Ordóñez Valderrama $ 418.210.66

Sumas iguales ... ... $ 1.371.040.66 $ 1.371.040.66

Observaciones.

La suma de *cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuarenta pesos con sesenta y seis centavos,* no es consignación de fondos nuevos sino simple traslado de saldos disponibles de cheques oficiales contabilizados en extractos bancarios y girados por el Pagador General del DAS a favor de Jorge Ordóñez Valderrama durante el lapso que viene del 1º de diciembre de 1971 al 24 de julio de 1974, tiempo durante el cual tuvo vigencia la cuenta corriente número 276-421.

Este valor de $ 449.040.66, sumado al de $ 922.000.00, recibidos por el General Ordóñez Valderrama del Pagador General del DAS durante el ejercicio de la cuenta corriente número 276-421, alcanza la cifra de $ 1.371.040.66, contabilizada en extractos bancarios.

Contra estos fondos oficiales consignados en la cuenta corriente número 276-421, y en la cual no se depositaron fondos particulares de ninguna naturaleza —ni en dinero ni en cheques— giró el General Ordóñez Valderrama los cheques que se detallan a continuación:

Cheque Nº		
987051	del 30 de diciembre de 1971, a favor del Pagador General del DAS	$ 59.626.00
987052	del 6 de marzo de 1972, a favor de Juan Bretón	11.000.00
987053	de 29 de marzo de 1972, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama ..	100.000.00
987054	de 5 de junio de 1972, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama	50.000.00
987055	de 17 de noviembre de 1972, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama	100.000.00
987056	de 18 de diciembre de 1972, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama	20.704.00
987057	de 12 de enero de 1973, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama ..	100.000.00
987058	de 25 de enero de 1973, a favor de Rafael Azuero Manchola ...	200.000.00
987059	de 3 de febrero de 1973, a favor de Rafael Azuero Manchola ...	100.000.00
987060	de 12 de enero de 1973, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama ...	100.000.00
987061	de 25 de abril de 1973, a favor de Rafael Azuero Manchola	100.000.00
987062	de 13 de junio de 1973, a favor de Ernesto N.	11.500.00
TOTAL		$ 952.830.00

La cuenta corriente número 276-421 quedó cancelada el 26 de julio de 1973. En esa fecha aparece contabilizada Nota Crédito por valor de $ 418.210.66, correspondiente al traslado de la cuenta número 276-421 a la número 0413-747, última cuenta abierta por el General Ordóñez Valderrama en el First National City Bank con destino a los fondos reservados.

Observaciones.

En las actas elaboradas por el General Ordóñez Valderrama para legalizar los gastos realizados con cheques oficiales girados a su favor por el Pagador General del DAS y que fueron depositados en la cuenta corriente número 276-421, durante su vigencia, obtuvo finiquitos por $ 636.374. Las actas fiscales cubren los egresos presuntamente realizados por el General Ordóñez Valderrama hasta el día 30 de diciembre de 1973. Pero no existen los documentos fiscales que amparen cheques contabilizados en los extractos bancarios en cuantía de $ 316.456.00 en que consiste la diferencia contable entre los gastos legalizados en actas y los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama contra la cuenta corriente número 276-421, en la cual, como ya se

dijo, no aparece ningún depósito de origen particular ni en dinero ni en cheques.

Si los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama al doctor Rafael Azuero Manchola, por $ 400.000.00, fueron extraídos de la cuenta número 276-421, tenían que ser necesariamente de origen oficial.

Pero tampoco eran gastos secretos. Lo demuestra el hecho de que fueron girados directamente a nombre del beneficiario. Su finalidad —compra de una casa para las instalaciones del DAS en Neiva— tampoco era reservada. Pero se legalizaron dentro de la "intimidad inviolable del gasto reservado", para decirlo con palabras del gusto de la defensa. Y se dispuso de ellos en circunstancias que, si las cifras consignadas en Acta 003 de diciembre de 1972 son veraces, el General Ordóñez Valderrama no disponía de fondos oficiales. Al extremo que para enjugar el pequeño déficit a su cargo en cuantía de $ 9.805.00 hubo de recurrir a la cuenta corriente del Bienestar Social del DAS. Y ello es buena muestra de que no era del agrado del General Ordóñez Valderrama hacer gastos oficiales con sus dineros particulares. Y no ha de olvidarse tampoco que cuando así procedía contra la cuenta corriente del Bienestar Social del DAS, la cuenta corriente número 276-421, del First National City Bank, ofrecía saldo a su favor en cuantía de $ 804.710.66, todos de origen oficial, de los cuales bien pudo cubrir el General Ordóñez la suma de $ 9.805.00, adeudada al Pagador General del DAS al finalizar el ejercicio fiscal de 1972. O en último caso, acudiendo a los $ 56.000.00 que en la misma Acta 003 de 1972, hizo figurar como reservas para eventuales gastos que pudieran presentarse en las seccionales del DAS en el resto del país y con los cuales dijo haber constituido un pequeño fondo rotatorio para atender a las necesidades "que siempre se presentaban" y que mantuvo en caja fuerte, al parecer, hasta septiembre de 1974 cuando los entregó al General Matallana, su sucesor.

Ha de anotarse igualmente, que el valor global de lo girado por el General Ordóñez Valderrama durante la vigencia de la cuenta corriente número 276-421, incluidos los dineros entregados al doctor Rafael Azuero Manchola, fue de $ 852.830.00. Excluidos los dineros entregados al doctor Azuero Manchola serían de $ 452.830.00. Si los gastos legalizados en actas 001, 002 y 003 suman $ 636.374.00 y el valor de los cheques registrados en los extractos bancarios, es el de $ 452.830.00, ¿en qué forma, por medio de qué documentos oficiales legalizó el procesado la diferencia de $ 183.544.00?

Suman las cifras anteriores en números redondos $ 900.000.00.

Así: Anticipos al doctor Azuero Manchola	$ 400.000
Mayor valor de los cheques girados contra fondos oficiales	316.456
Mayor valor de cheques girados contra fondos oficiales	183.544
Sumas iguales	$ 900.000

En este análisis de la cuenta corriente número 276-421 figuran exclusivamente fondos oficiales girados por el Pagador General del DAS a Jorge Ordóñez Valderrama, y por éste girados a favor del doctor Azuero Manchola, a su propio favor y a favor de terceras personas.

Movimiento de fondos oficiales entre el 25 de julio de 1973 y el 10 de septiembre de 1974.

Cuenta corriente número 0413-747

INGRESOS

Fondos en bancos

TRASPASO DE FONDOS

Valor de la Nota Crédito por traspaso de fondos en 24 de julio de 1973, de la cuenta corriente número 276-421, a la cuenta corriente número 0413-747	$	418:210.66

Por: *Consignación de cheques oficiales.*

Valor de los cheques oficiales girados por el Pagador del DAS al General Ordóñez Valderrama, contabilizados en extractos bancarios del 24 de julio de 1973 a 10 de septiembre de 1974	$	744.000.00

Así:

Cheque Nº	
1215778 - 24 Jul./73 ...	$ 183.000.00
1284861 - 29 Nov./73 ..	234.331.00
1326202 - 23 Dic./73 ...	116.669.00
1326675 - 22 Feb./74 ..	105.000.00
143880 - 10 Jul./74 ...	105.000.00

EGRESOS

De: *Fondos en bancos*

Valor de los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama contra los fondos oficiales de la cuenta corriente número 0413-747 entre 24 de julio de 1973 a 10 de septiembre de 1974 . . . . . $ 1.161.798.29

Así: *Gastos*

Cheque Nº		
577051 - 25 Jul./73	$ 19.641.19	
577052 - 8 Sept./73	13.500.00	
577053 - 13 Nov./73	7.000.00	
137883 - 23 Nov./73	100.000.00	
137881 - 23 Nov./73	248.158.51	
137882 - 28 Nov./73	31.600.00	
137884 - 4 Dic./73	4.250.00	
137885 - 4 Dic./73	6.017.45	
137886 - 27 Dic./73	37.182.45	
137887 - 31 May./74	100.000.00	
137888 - 17 Jul./74	200.000.00	
137889 - 19 Jul./74	104.417.50	
137894 - 29 Ag./74	182.000.00	
137893 - 14 Ag./74	105.994.14	
137892 - 14 Ag./74	1.476.75	
137891 - 29 Ag./74	560.00	
Sumas	$ 1.162.210.66	$ 1.161.798.29
Saldos fondos en bancos en 29 de diciembre de 1974, según extracto bancario		$ 412.37
Sumas iguales	$ 1.162.210.66	$ 1.162.210.66

El valor total de los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama, entre 25 de julio de 1973 a 10 de septiembre de 1974, es de $ 1.161.798.29, y todos estos cheques se encuentran contabilizados en los extractos bancarios como egresos *así:*

Cheque Nº	
577051 - 25 Jul./73 Industria Militar	$ 19.641.49
577052 - 8 Sept./73 Almacén Saldos e Im.	13.500.00
577053 - 13 Nov./73 Jorge Ordóñez V.	7.000.00
137881 - 23 Nov./73 Industria Militar	284.158.51
137882 - 28 Nov./73 Lonchería Tolimense	31.600.00
137883 - 23 Nov./73 Jorge Ordóñez V.	100.000.00
137884 - 4 Dic./73 Aviatur	6.017.45
137886 - 27 Dic./73 Pagador General DAS	47.182.45
137887 - 31 May./74 Jorge Ordóñez V.	100.000.00
137888 - 17 Jul./74 Jorge Ordóñez V.	200.000.00
137889 - 19 Jul./74 Industria Militar	104.417.50
137894 - 29 Ag./74 Jorge Ordóñez V.	182.000.00
137893 - 14 Ag./74 Pagador Gral. DAS	105.994.14
137892 - 29 Ag./74 Jaime Angel H.	1.476.75
137891 - 29 Ag./74 Carlos Castro J.	560.00
Valor total cheques girados - egresos - contabilizados en extractos bancarios	$ 1.161.798.29

El General Ordóñez Valderrama presentó actas fiscales legalizando gastos hechos con fondos oficiales reservados, hasta el 15 de julio de 1974, *así:*

Acta número 003 - 20 Ag./73	$ 81.982.25
Acta número 004 - 16 Nov./73	267.800.00
Acta número 005 - 26 Nov./73	111.759.00
Acta número 006 - 21 Dic./73	153.276.30
Acta número 001 - 15 Jul./74	104.668.41
Valor total gastos contabilizados en actas fiscales	$ 719.485.96

El valor total de los cheques girados por el General Jorge Ordóñez Valderrama, entre el 24 de julio de 1973 al 10 de septiembre de 1974, contabilizados en extractos bancarios es de $ 1.161.798.29.

El valor total de los gastos contabilizados por el General Ordóñez Valderrama en las actas fiscales citadas antes, teniendo en cuenta que el traspaso de fondos se produjo en 24 de julio de 1973, y con el acta fiscal 003, dio comienzo a la cuenta corriente 0413-747, es de $ 719.485.96.

El señor General Ordóñez Valderrama presentó a la Contraloría General, como última acta fiscal la señalada con el número 001, de 15 de julio de 1974. Contabiliza egresos por $ 141.188.31, de los cuales se deduce la suma de $ 37.182.45, que corresponde a reintegro hecho al Pagador del DAS, en 31 de diciembre de 1973. Total de gastos reales: $ 104.668.41, en el Acta número 001.

Si el valor de los cheques girados y contabilizados en extractos bancarios es de $ 1.161.798.29,

y el de las actas, egresos contabilizados en ellas es de $ 719.485.96, se establece una diferencia de $ 442.312.33, que no figuran legalizados en aquellas y sí figuran en extractos bancarios.

¿En qué forma el General Ordóñez Valderrama legalizó ante la Contraloría General de la República los gastos contabilizados en extractos bancarios por $ 442.312.33, si se tiene en cuenta que el Acta número 001, fue rendida con fecha 15 de julio de 1974, dos meses antes de hacer dejación del cargo?

El valor de los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama a favor de Jorge Ordóñez Valderrama, contabilizados en los extractos, es de $ 589.000.00.

En la cuenta corriente número 0413-747, el extracto bancario registra un saldo disponible de fondos oficiales por $ 412.37, o sea el mismo que con saldo figura en 29 de diciembre de 1974, fecha en la cual el General Ordóñez Valderrama ya no era Jefe del DAS. El extracto bancario tiene fecha 29 de agosto de 1975.

El cheque número 137895, por $ 412.37, girado a favor de Jorge Ordóñez Valderrama, fue cobrado por ventanilla como todos los demás cheques girados a su favor.

Con este cheque, contabilizado en el extracto bancario de 29 de agosto de 1975, canceló en forma definitiva, el movimiento de fondos oficiales puestos bajo su control.

Síntesis del movimiento contable de fondos reservados en las tres cuentas que para el efecto abrió el General Ordóñez Valderrama, en forma sucesiva entre el 27 de octubre de 1970 y el 27 de septiembre de 1974.

INGRESOS OFICIALES

Año de 1970 ... ... $	174.000.00
Año de 1971	696.000.00
Año de 1972	582.000.00
Año de 1973	700.000.00
Año de 1974	210.000.00
SUMAN ... ... $	2.362.000.00
Recibidos del General Etilio Leyva. Acta número 001 de 12 de agosto de 1970 ... $	16.707.96
TOTAL ... ... $	2.378.707.96

Observaciones.

El General Ordóñez Valderrama establece un monto de consignaciones por valor de $ 2.847.539.43.

Si a la suma anterior se le resta la de $ 418.210.66, correspondiente a la nota débito que aparece a folio 62 del cuaderno de extractos bancarios agregado por él a los autos, se tiene el siguiente resultado:

$ 2.847.539.43
— 418.210.66

$ 2.429.328.77

La cifra anterior difiere en $ 20.00 con el monto establecido por los diferentes peritos que han actuado en las diligencias. Es el valor de una chequera. Y deja a su favor, como fondos particulares, en el mejor de los casos, suma aproximada a los $ 67.327.77, muy inferior a cualquiera de los saldos a su favor registrados en chequera en los años de 1970 a 1974, en las tres cuentas corrientes, tantas veces citadas, que sirvieron para depositar los fondos reservados. Insuficiente, para cubrir los valores girados a favor de Azuero Manchola.

Con lo dicho hasta ahora, queda establecido:

1º Que el General Ordóñez Valderrama depositó fondos particulares exclusivamente en la cuenta corriente número 198-978, cancelada por él en 1º de diciembre de 1971.

2º Que los fondos particulares depositados por el General Ordóñez Valderrama en dicha cuenta corriente no sobrepasaron la cuantía de $ 67.328.77.

3º Que en el resumen elaborado por el General Ordóñez Valderrama se incurrió, de buena fe, en el mismo error cometido por los visitadores fiscales, y por su apoderado, o sea, sumar dos veces la partida de $ 418.210.66, valor de la nota débito preanotada (folio 62 de sus extractos) (folios 221 a 238, cuaderno número 3).

La prueba documental.

En la etapa probatoria del juicio se practicó, una vez más, peritación contable sobre el monto de los fondos reservados recibidos por el General Ordóñez Valderrama en su condición de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad durante el tiempo que viene del 10 de agosto de

1970 al 10 de agosto de 1974, y se estableció nuevamente la cuantía de fondos particulares por él depositados durante el mismo lapso en las cuentas bancarias en las que depositó la totalidad de los primeros.

El experticio verificado por funcionarios de la Superintendencia Bancaria es del siguiente tenor:

"*Superintendencia Bancaria. Bogotá, D. E. - Colombia.* Señor doctor Raúl Trujillo Cortés. Juez 12 Superior. E. S. D.

"Los suscritos, Alberto Osorio González y Eduardo Florián Moreno, portadores de los documentos de identidad números 2662528 y 17103509 de Tuluá y Bogotá respectivamente, debidamente posesionados como peritos contables de la Superintendencia Bancaria el 25 de marzo próximo pasado, en el proceso que se le sigue al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, atentamente rendimos el informe correspondiente al cuestionario que nos formulan, en su orden:

"*II. Prueba pericial (folio 262 del tercer cuaderno original).*

"Dice el abogado doctor J. A. Pedraza Picón: 'Solicito que se practique un dictamen pericial con intervención de dos contadores públicos juramentados tomados de los inscritos y aceptados por la honorable Corte, a efecto de que se dictaminen sobre los siguientes puntos:

'a) La determinación del monto que efectivamente haya entregado la Tesorería General de la República al Pagador General del DAS en el período comprendido entre el 10 de junio de 1970 al 22 de septiembre de 1974, detallando las fechas y cuantías de cada entrega, con indicación de los meses o períodos de gastos a que correspondían tales situaciones de fondos y los que efectivamente recibió Jorge Ordóñez Valderrama del Pagador del DAS' ".

Sobre este punto dice la Corte:

"a) Esta prueba se practicará por peritos contadores de la Superintendencia Bancaria, quienes examinarán los estudios contables realizados por los expertos de la Contraloría, de la Procuraduría General de la Nación y los verificados por el denunciante Jacinto Novoa Mendoza, así como las cuentas corrientes 198-978, 276-421 y 413-747 del First National City Bank, a nombre de Jorge Ordóñez Valderrama y con vista en ellos y en los extractos bancarios aportados al expediente por el General Ordóñez Valderrama, fijarán el monto exacto de los fondos entregados por el Pagador General del DAS y el de los fondos particulares, sin respaldo en cheques o documentos oficiales, depositados por el General Ordóñez Valderrama en las cuentas corrientes mencionadas, precisando si los saldos bancarios que en los mismos extractos figuran a favor del acusado al finalizar cada año, son exactos, y si se corresponden en sus datos numéricos con los establecidos en los estudios contables practicados por Jacinto Novoa Mendoza".

Respuesta.

Acogiéndonos al informe presentado por los señores Gustavo Lora Cubillos —abogado visitador II y Jaime Moreno Camacho— Técnico en Auditorías, peritos de la Procuraduría General de la Nación en este proceso, establecen que durante el período comprendido entre julio 10 de 1970 y septiembre 22 de 1974, el Pagador General del DAS entregó al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama un valor total de $ 2.362.000.00 en 19 cheques que a continuación se relacionan, cifra que es exactamente igual al producto de fondos oficiales consignados en sus cuentas corrientes establecidas en el First National City Bank, así:

Cuenta corriente número 198-978 - Agencia Chicó.

Noviembre 24 de 1970 consigna 2 cheques así: número 746184, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, expedido en agosto 18 de 1970, por	$ 58.000.00	
Número 790556 de septiembre 2 de 1970, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por	58.000.00	$ 116.000.00
Abril 23 de 1971 - consigna cheque número 356719, expedido en marzo 17 de 1971, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por		116.000.00
Junio 25 de 1971 - consigna cheque número 792669, expedido en diciembre 23 de 1970, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por ...		58.000.00
Octubre 8 de 1971 - consigna cheque número		

95338, expedido en septiembre 22 de 1971, a cargo del Banque Nationale de París, por 406.000.00

Cuenta corriente número 276-421 Agencia Avenida Chile.

Diciembre 23 de 1971 - consigna 2 cheques así: Número 929468, expedido en diciembre 20 de 1971, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por $ 58.000.00
Número 26316A015, expedido en diciembre 6 de 1971, a cargo del Banco de la República, por .... $ 116.000.00 $ 174.000.00

Abril 14 de 1972 - consigna cheque número 149082, expedido en abril 4 de 1972, a cargo del Banque Nationale de Paris, por 150.000.00
Junio 5 de 1972 - consigna cheque número 149177, expedido en mayo 18 de 1972, a cargo del Banque Nationale de París, por .. $ 141.000.00
Noviembre 15 de 1972 - consigna cheque número 1066873, expedido en octubre 27 de 1972, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por 232.000.00
Enero 12 de 1973 - consigna cheque número 149568, expedido en diciembre 20 de 1972, a cargo del Banque Nationale de París, por 59.000.00
Abril 18 de 1973 - consigna 2 cheques así: número 1170353, expedido en febrero 20 de 1973, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por ... $ 58.000.00
Número 1170706, expedido en abril 10 de 1973 a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por ... 58.000.00 116.000.00

Junio 19 de 1973 - consigna cheque número 149750, expedido en abril 24 de 1973, a cargo del Banque Nationale de París, por .50.000.00

Cuenta corriente número 413-747 Agencia calle 100.

Julio 24 de 1973 - consigna cheque número 1215778, expedido en julio 2 de 1973, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por ... ... $ 183.000.00
Noviembre 29 de 1973 - consigna cheque número 1284861, expedido en noviembre 16 de 1973, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por ... 234.331.00
Enero 30 de 1974 - consigna cheque número 1326202 de diciembre 21 de 1973, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por 116.669.00
Mayo 31 de 1974 - consigna cheque número 1326675 expedido en febrero 22 de 1974, a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá, por 105.000.00
Julio 18 de 1974 - consigna cheque número 143880, expedido en julio 10 de 1974, a cargo del Banco Franco-Colombiano, Oficina Principal, por 105.000.00

Total cheques oficiales expedidos por el Pagador General del DAS a favor del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama ... ... $ 2.362.000.00

Durante el mismo período enunciado al iniciar esta respuesta, el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama, efectuó las siguientes consignaciones en su cuenta corriente número 198-978 del First National City Bank, Oficina El Chicó:

Noviembre 24 de 1970, efectúa consignaciones, así:

Cheque número 745626, expedido en julio 13 de 1970 por el Pagador del DAS de la

cuenta corriente número 050-00013-2 del Banco Popular Sucursal Bogotá, a favor de Autoservicio, por ... $ 749.20

Cheque número 54748, expedido en octubre 28 de 1970 por el Pagador del DAS de la cuenta corriente número 050-00012-4 del Banco Popular Sucursal Bogotá, a favor de Jaime Torres J., por ... 1.856.75

Cheque número 746151, expedido en agosto 13 de 1970 por el Pagador del DAS, de la cuenta corriente número 050-00013-2 del Banco Popular Sucursal Bogotá, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama, por ... 2.504.23

Cheque número 745996, expedido en agosto 6 de 1970 por el Pagador del DAS, cuenta corriente número 050-00013-2 Banco Popular Sucursal Bogotá, a favor de Rafael Poveda Alfonso, por ... 29.640.00

Diciembre 16 de 1970, consigna cheque número 641045, expedido en diciembre 2 de 1970 por Rafael Poveda Alfonso de su cuenta corriente en el Banco de Colombia - Oficina número 7, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama, por 18.520.00

Marzo 22 de 1971, consigna cheque número 44520, expedido en febrero 17 de 1971 por la International Petroleum (Colombia) Limited de su cuenta corriente del First National City Bank, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama (Departamento Administrativo de Seguridad), por ... 9.000.00

Total de fondos diferentes a los entregados por el Pagador General del DAS como gastos reservados, por ... $ 62.270.18

De los anteriores valores dos de ellos merecen comentario, a saber:

a) Cheque número 746151, girado por el Pagador del DAS a favor del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama en agosto 13 de 1970, por $ 2.504.23, pues ignoramos si era o no funcionario oficial en tal fecha y el concepto por el cual fue girado;

b) Cheque número 44520, girado por la International Petroleum (Colombia) Limited en febrero 17 de 1971, por $ 9.000.00, a favor de Jorge Ordóñez Valderrama (Departamento Administrativo de Seguridad), pues ignoramos si este dinero tenía un destino específico dentro del organismo oficial o simplemente se trata de un negocio particular.

Su valor total, $ 62.270.18, que aparece consignado en la forma detallada, es igual al establecido por el visitador de la Contraloría General de la República y que detalla en el "Original - expediente, análisis y documentos anexos cuenta corriente bancaria número 198-978, folios 7, 8 y 11".

Dice el abogado doctor J. A. Pedraza Picón:

"d) Que dictaminen si las cuentas corrientes bancarias números 198-978, 276-421 y 413-747 del First National City Bank, abiertas por Jorge Ordóñez Valderrama, tenían el carácter de oficiales o particulares, y si los saldos de tales cuentas en diciembre 31 de 1970, 1971, 1972, 1973 y 1974, eran saldos oficiales o particulares".

Sobre este punto dice la Corte:

En este punto, los peritos dirán además, con exactitud, si el General Ordóñez Valderrama depositó dineros oficiales recibidos como fondos reservados en cuentas distintas a las que corresponden a los números 198-978, 276-421 y 413-747 del First National City Bank, y en qué cuantía".

Respuesta.

De acuerdo con las fotocopias que reposan en el expediente referente a las solicitudes de apertura de cuentas corrientes Nos. 198-978, 276-421 y 413-747 a nombre de Jorge Ordóñez Valderrama, tales cuentas tienen el carácter de particulares, ya que en ellas no hay indicio o dato alguno para su manejo que indiquen lo contrario.

Sobre si los saldos en diciembre 31 de 1970, diciembre 31 de 1971, diciembre 31 de 1972, diciembre 31 de 1973 y diciembre 31 de 1974, eran oficiales o particulares, no nos es posible dar una respuesta exacta, por cuanto durante el período comprendido entre agosto 1º de 1970 y diciembre 31 de 1974, el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama consignó en las tres cuentas ya citadas del First National City Bank, no sólo cheques expedidos por el Pagador General del DAS con destino a gastos reservados por un valor total de $ 2.362.000.00, sino cheques cuyos valores pueden considerarse como particulares, con la salvedad ya comentada, por valor de $ 62.270.18, los cuales conforman al final de cada uno de los años citados una sola masa o conjunto, la cual no es posible separar, ya que para ello sería necesario establecer, si los elementos de juicio lo permitieran, contra cuál de las sumas consignadas se giraron cheques y poder determinar por separado cuál es el saldo respectivo.

Al final de cada año los saldos fueron los siguientes:

Diciembre 31 de 1970, cuenta corriente número 198-978, $ 122.170.66.

Esta cuenta se inició con saldo de $ 5.038.59, proveniente del traslado de la cuenta número 49-158 del First National City Bank, Oficina Principal, a nombre de Jorge Ordóñez Valderrama - "Fondos reservados", cuya solicitud tiene fecha de agosto 19 de 1970. El traslado ocurrió en octubre 27 de 1970.

Se consignaron dos cheques por valor de $ 58.000.00 cada uno, expedidos o girados por el Pagador General del DAS, correspondiente a gastos reservados, para un total de $ 116.000.00.

Además cinco consignaciones por valor global de $ 53.270.18 ya relacionadas, que no hacen parte de gastos reservados.

Su cuenta registra un total de egresos por $ 52.138.11, los cuales son pagados sobre un saldo conformado por consignación de cheques oficiales para gastos reservados y fondos particulares.

Diciembre 31 de 1971, cuenta corriente número 276-421, $ 563.414.66.

Durante este año se movieron dos cuentas, a saber: la número 198-978 ya citada, que permaneció vigente hasta diciembre 1º de 1971, fecha en la cual tuvo lugar la apertura de la número 276-421, mediante el traslado del saldo de aquèlla por $ 449.040.66.

En la primera de las nombradas, consignó tres cheques por $ 116.000; $ 58.000 y $ 406.000 para un total de $ 580.000.00 correspondiente a fondos oficiales para gastos reservados, en los meses de abril, junio y octubre. Así mismo, en marzo 22 de 1971, consigna $ 9.000.00 ya comentados; de aquí en adelante todas las consignaciones que efectúa corresponden a cheques girados por el Pagador General del DAS para gastos reservados.

En la segunda de las cuentas, número 276-421, efectuó una consignación en el mes de diciembre por valor de $ 174.000.00, que corresponde a dos cheques girados por el Pagador del DAS, por $ 116.000.00 y $ 58.000.00, para gastos reservados.

Durante el año se giraron cheques por valor de $ 262.130.00 sobre la primera de las cuentas y $ 59.626.00 sobre la segunda de las nombradas.

Diciembre 31 de 1972, cuenta corriente número 276-421, $ 804.710.66.

Efectuó tres consignaciones en abril, junio y noviembre por $ 150.000.00, $ 141.000.00 y $ 232.000.00 en cheques girados por el Pagador General del DAS para gastos reservados, por un valor total de $ 523.000.00.

Los cheques girados ascienden en este año a la suma de $ 281.704.00.

Diciembre 31 de 1973, cuenta corriente número 413-747, $ 368.191.76.

En este año se movieron dos cuentas: la número 276-421 citada anteriormente vigente hasta junio 19 de 1973, cuyo saldo de $ 418.210.66 se trasladó a la cuenta corriente número 413-747 en julio 24 mediante el giro de dos cheques por parte del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama por $ 418.201.00 y $ 9.66.

En la primera de las nombradas, consigna en enero, abril y junio, cheques girados por el Pagador General del DAS para gastos reservados por $ 59.000.00, $ 116.000.00 y $ 50.000.00, para un total de $ 225.000.00.

En la segunda, número 413-747, consigna en julio 24 y noviembre 29, cheques por valor de $ 183.000.00 y $ 234.331.00 girados por el Pagador General del DAS para gastos reservados, por un total de $ 417.331.00.

De la primera cuenta se giraron cheques por valor de $ 611.500.00 y de la segunda un total de $ 467.349.90.

Diciembre 31 de 1974, cuenta corriente número 413-747, $ 412.37.

Consignó en este año en enero, mayo y julio, $ 116.669.00, $ 105.000.00 y $ 105.000.00, para un total $ 326.669.00 en cheques girados por el Pagador General del DAS para Gastos reservados.

Hasta agosto 29 de 1974 se giraron cheques contra esta cuenta por un valor total de $ 694.448.39, quedando el saldo arriba citado.

Como complemento al comentario inicial explico que, como deducción final es que en todos los saldos al final de cada año, con excepción de 1974 que fue de $ 412.37, estaban conformados en una parte muy reducida con fondos particulares y su mayoría por fondos correspondientes a cheques expedidos por el Pagador General del DAS para gastos reservados.

Se aprecia además en los comentarios anteriores, que el total de cheques girados por el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama en los años de 1971, 1972, 1973 y 1974 son sus valores totales muy superiores a las consignaciones efectuadas con fondos particulares.

Ateniéndonos a las cifras presentadas por los peritos de la Procuraduría General de la Nación en marzo 31 de 1976, que establecen un total de

$ 2.362.000.00 como el valor entregado para gastos reservados por el Pagador General del DAS al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama entre agosto 12 de 1970 y septiembre 20 de 1974, y siendo esta cifra el valor exacto que suman las consignaciones con fondos oficiales efectuadas por el mencionado Ordóñez Valderrama en las cuentas corrientes tantas veces citadas, se colige que no se consignaron en cuentas distintas a las del First National City Bank.

Dice el abogado doctor J. A. Pedraza Picón:

"e) Que dictaminen sobre si el movimiento contable de las cuentas corrientes bancarias antes citadas, abiertas por Jorge Ordóñez V., debían necesariamente, corresponder al movimiento contable registrado en cada una de las actas de legalización de gastos de 'Fondos reservados del DAS', rendidas a la Contraloría General de la República por el responsable fiscal, o sean los Pagadores del DAS, señores Román Reina Guayacán y Gerardo Rodríguez Rodríguez, en el lapso comprendido entre el 10 de julio de 1970 y el 22 de septiembre de 1974".

Sobre este punto dice la Corte:

"e) Este punto se acepta en la forma planteada por el memorialista".

Respuesta.

A continuación relacionamos el detalle del movimiento contable de las cuentas corrientes del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama y el correspondiente y que se halla registrado en cada una de las actas de legalización de gastos de fondos reservados:

Acta número 006 de diciembre 28 de 1970, legalizando gastos correspondientes al período comprendido entre el 1º de agosto y el 28 de diciembre de 1970. El fenecimiento por parte de la Contraloría General de la República es el número 1 de enero 22 de 1971, en cuantía de $ 187.093.08.

Al General (r) Jorge Ordóñez Valderrama se le entregaron en este período la suma total de $ 174.000.00 por parte del Pagador General del DAS como gastos reservados, como figura en el acta. Sin embargo, aparece consignado solamente la suma de $ 116.000.00 en noviembre 24 de 1970 y el resto, $ 58.000.00 representados en el cheque número 792669, expedido en diciembre 23 de 1970 a cargo del Banco Popular sucursal Bogotá, solamente lo consignó hasta junio 25 de 1971.

En este período también consigna cheques por conceptos diferentes, como ya se explicó, por valor total de $ 53.270.18.

Así mismo, la cuenta corriente vigente en este período número 198-978, registra cheques pagados por valor de $ 52.138.11, que no concuerda con los gastos legalizados.

Acta número 001 de mayo 31 de 1971, legalizando gastos correspondientes al período comprendido entre enero y febrero de 1971; fenecimiento número 018 de septiembre 27 de 1971, por valor de $ 53.893.88.

Figuran en esta acta $ 116.000.00 entregados como gastos reservados en cheque expedido en marzo 17 de 1971 y cobrado por consignación hasta el 23 de abril siguiente.

Los gastos que se legalizan son por valor de $ 21.750.00 y $ 28.530.00 y un reintegro por valor de $ 3.613.88, que corresponde a un cheque que ya se había pagado en diciembre 30 de 1970.

En los meses de enero y febrero, la cuenta corriente número 198-978, no registra movimiento alguno.

Acta número 002 de octubre 29 de 1971, legalizando gastos reservados de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1971; su fenecimiento es el número 26 de diciembre 10 de 1971, por un total de $ 261.338.00.

En el acta figuran entregados como gastos reservados $ 406.000.00 y corresponden al cheque expedido en septiembre 22 de 1971, pero su cobro solamente ocurrió hasta octubre 8 siguiente.

Los gastos que legaliza son los siguientes: marzo $ 39.410.00, abril $ 42.705.00, mayo $ 39.685.00, junio $ 32.405.00, julio $ 31.678.00, agosto $ 30.625.00 y septiembre $ 44.830.00.

Según los extractos bancarios durante el mismo período, solamente el mes de marzo registra el pago de un cheque por $ 2.000.00 y una consignación ya detallada por $ 9.000.00.

Debe tenerse en cuenta además que en junio 25, consigna el cheque número 792669 por $ 58.000.00, expedido en diciembre 23 de 1970 por el Pagador General del DAS.

Acta número 003 de diciembre 16 de 1971, legalizando gastos reservados de los meses de octubre, noviembre y primera quincena de diciembre de 1971. Fenecimiento número 28 de enero 13 de 1972, por valor de $ 324.756.00.

Consta en el acta que recibió el General (r) Ordóñez Valderrama la suma de $ 116.000.00, en cheque expedido en diciembre 6 de 1971 a cargo del Banco de la República y consignado el 23 del mismo mes, o sea en la segunda quincena de este, junto con el cheque número 929-468, expe-

dido en diciembre 20 por valor de $ 58.000.00 a cargo del Banco Popular Sucursal Bogotá.

Los gastos legalizados son: octubre $ 52.784.00, noviembre $ 153.972.00 y primera quincena de diciembre $ 118.000.00.

En este mismo período los extractos registran los siguientes egresos: en octubre $ 100.000.00, en noviembre $ 150.000.00 y en la primera quincena de diciembre $ 10.130.00.

Acta número 001 de abril 3 de 1972, legalizando gastos reservados de la segunda quincena de diciembre de 1971 y los meses de enero, febrero y marzo de 1972. Fenecimiento número 12 de abril 25 de 1972 por valor de $ 179.476.00.

En esta acta consta que el General (r) Ordóñez Valderrama recibió dos partidas por $ 58.000.00 en diciembre de 1971 y $ 150.000.00 con cargo a los meses de enero, febrero y marzo de 1972.

Como se explicó en el acta inmediatamente anterior, los dos cheques por $ 58.000.00 cada uno fueron consignados en diciembre 23 de 1971. En cuanto al valor de $ 150.000.00 corresponde al cheque número 149082, expedido en abril 4 de 1972 por el Pagador General del DAS y consignado el 14 del mismo mes.

En el acta se contemplan los siguientes hechos: a) $ 58.000.00, tal partida no fue recibida por esta jefatura; b) reintegro por $ 1.626.00; gastos efectuados durante la segunda quincena de diciembre de 1971 por $ 9.800.00, enero de 1972 por $ 24.500.00, febrero $ 36.750.00 y marzo por $ 48.000.00.

En este período los extractos bancarios registran dos operaciones así: diciembre 29 de 1971 por $ 59.626.00 y marzo 6 de 1972 por $ 11.000.00.

Acta número 002 de octubre 3 de 1972, legalizando gastos reservados de los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 1972. Fenecimiento número 27 de noviembre 20 de 1972 por $ 142.326.00.

En el acta consta que recibió $ 141.000.00, según cheque número 14177, expedido en mayo 18 y consignado en junio 5 de 1972.

Gastos legalizados así: abril $ 28.435.00, mayo $ 35.250.00, junio $ 24.846.00, julio $ 25.970.00 y agosto $ 27.825.00.

En este mismo período los extractos registran egresos así: abril $ 100.000.00 y junio $ 50.000.00.

Acta número 003 de diciembre 18 de 1972, legalizando gastos reservados de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1972. Fenecimiento número 1 de febrero 8 de 1973 por $ 260.019.00, o sea, $ 50.000.00 menos del total.

Recibió el General (r) Ordóñez Valderrama las sumas de $ 232.000.00 y $ 59.000.00 de la Pagaduría General del DAS, en octubre 27 y diciembre 20 de 1972 respectivamente, cobrado el primero de ellos en noviembre 15 pero el segundo consignado hasta enero 12 de 1973, fecha posterior a la del acta.

Gastos que se legalizan así: septiembre $ 25.670.00, octubre $ 34.200.00, $ 25.730.00 y $ 4.263.00; noviembre $ 27.580.00, $ 31.056.00 y $ 12.500.00; diciembre $ 34.320.00, $ 8.700.00, $ 56.000.00 y $ 50.000.00, para un gran total de $ 310.019.00.

Durante el período que acabamos de citar, los extractos registran los siguientes egresos: en noviembre $ 100.000.00 y en diciembre $ 20.704.00.

Acta número 001 de marzo 9 de 1973, legalizando gastos reservados de enero y primera quincena de febrero de 1973. Fenecimiento número 9 de abril 9 de 1973 por $ 34.805.00.

Consta en el acta entrega al Jefe del DAS la suma de $ 58.000.00, lo que ocurrió en el cheque expedido en febrero 20, o sea en la segunda quincena, y que fue consignado hasta abril 18 de 1973, junto con otro cheque por el mismo valor que le expidieron el 10 de abril.

Los gastos que legaliza son: reintegro en diciembre 31 de 1972 por $ 9.805.00; gastos de enero de 1973 por $ 15.000.00 y primera quincena de febrero por $ 10.000.00.

En el período que indica el acta de legalización, los extractos registran los siguientes egresos: enero, dos cheques por $ 100.000.00 y $ 200.000.00 y en febrero 9, $ 100.000.00.

Acta número 002 de abril 10 de 1973, legalizando gastos reservados de la segunda quincena de febrero de 1973; fenecimiento número 15 de julio 26 de 1973 por $ 23.000.00.

El acta indica que le entregaron al Jefe del DAS $ 58.000.00 en abril 10, que fue comentado en el acta inmediatamente anterior.

Presenta un gasto del citado mes por $ 23.000.00, pero el extracto bancario no registra movimiento alguno.

Acta número 003 de agosto 20 de 1973, legalizando gastos reservados en los meses de marzo, abril, mayo y junio de 1973. Fenecimiento número 23 de octubre 29 de 1973, por valor de $ 81.982.25.

Le fueron entregados al General (r) Ordóñez Valderrama cuatro partidas por valor de $ 50.000.00, $ 66.000.00, $ 58.000.00 y $ 59.000.00. La primera corresponde al cheque expedido en abril 24 de 1973 y consignado en junio 19. Las otras tres corresponden al cheque expedido en julio 2 de 1973, $ 183.000.00, consignado el 24 del mismo mes, cuyas fechas no corresponden al período que legalizan.

El acta registra gastos así: marzo $ 17.800.00, abril $ 17.301.25, mayo $ 18.100.00 y junio $ 28.671.00.

Durante este período los extractos registran, en abril 2 cheques por $ 100.000.00 cada uno y en junio uno por $ 11.500.00.

Acta número 004 de noviembre 16 de 1973, no indica el período de tiempo legalizado.

Acta número 005 de noviembre 26 de 1973, legaliza gastos reservados efectuados en julio, agosto, septiembre y octubre.

Acta número 006 de diciembre 21 de 1973, legaliza gastos reservados de noviembre y diciembre.

Todas estas actas se hallan contempladas en el fenecimiento número 42 de mayo 6 de 1974 por valor de $ 532.835.30.

La primera nombrada, hace constar que el General (r) Ordóñez Valderrama recibió $ 234.331, lo que ocurrió en cheque expedido en noviembre 16 de 1973 y consignado el 29 del mismo mes; como gastos presenta la suma total de $ 267.800.

La segunda, registra solamente gastos así: julio $ 21.000.00, agosto $ 23.129.00, septiembre $ 19.130.00 y octubre $ 48.500.00.

En este período el extracto bancario indica egresos así: julio $. 19.641.49 y en septiembre $ 13.500.00.

La tercera citada hace constar que el Jefe del DAS recibió la suma de $ 116.000.00, lo que ocurrió en cheque expedido en diciembre 21 de 1973, pero solamente cobrado por consignación hasta enero 30 de 1974, fecha que no corresponde al período legalizado.

Los gastos según el acta son: noviembre $ 25.000.00, $ 10.776.30; diciembre $ 7.500.00, $ 30.000.00 y $ 80.000.00.

En este período los extractos registran los siguientes egresos: noviembre $ 386.758.51 y en diciembre $ 47.449.90.

Acta número 001 de julio 15 de 1974, legalizando gastos reservados efectuados en enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y primera quincena de julio de 1974. Fenecimiento ocurrido con el número 60 de septiembre 25 de 1974, por $ 141.188.31.

Consta la entrega al General (r) Ordóñez Valderrama de dos partidas de $ 105.000.00 cada una, que corresponden a los cheques expedidos en febrero 22 y julio 10, consignados en mayo 31 y julio 18, respectivamente.

Los gastos legalizados son los siguientes: enero $ 9.500.00, febrero $ 11.200.00, marzo $ 7.300.00, abril $ 19.140.00, mayo $ 9.115.00, junio $ 19.900.00 y julio $ 27.850.86, y un reintegro por valor de $ 37.182.45.

En este período los extractos bancarios solamente registran el pago de un cheque en mayo 31 por valor de $ 100.000.00.

Acta número 01-A de septiembre 25 de 1974, legalizando el período comprendido entre julio 16 y agosto 31 de 1974 en el que consta el reintegro efectuado por el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama por valor de $ 105.994.14. En ella no consta gasto alguno, pero la cuenta corriente número 413-747 que a julio cerró con un saldo de $ 290.443.26, registró el pago de los siguientes cheques y que de acuerdo con el informe del visitador de la Contraloría se giraron así: agosto 14, $ 1.476.75 a favor de Jaime Angel; agosto 16, $ 105.994.14 a favor del Pagador General del DAS; agosto 19 de 1974, $ 560.00 a favor de Emilio Castro y en agosto 29 $ 182.000 a favor del mismo General, para cerrar con un saldo de $ 412.37.

En referencia al mes de julio que registra el Acta, en la segunda quincena se giraron dos cheques de la cuenta corriente así: julio 18 por $ 200.000.00 y julio 23 por $ 104.417.50.

Como se puede apreciar ampliamente en el detalle que acabamos de concluir, no es posible que se correspondan los movimientos contables presentados en las actas, con los movimientos registrados en los extractos correspondientes a las cuentas corrientes del General (r) Jorge Ordóñez Valderrama.

Dice el abogado doctor J. A. Pedraza Picón:

"f) Que dictaminen sobre si de la confrontación de las entregas hechas por el Pagador del DAS al señor Jorge Ordóñez Valderrama, en el período antes señalado con las actas de legalización de gastos correspondientes a los mismos *fondos reservados* y con los saldos bancarios de las cuentas corrientes números 198-978, 276-421 y 413-747 del First National City Bank, se puede concluir:

"1º Si aparecen sobrantes o faltantes y en qué cuantía.

"2. Si en el caso de que existan sobrantes o faltantes, ellas tienen la calidad de fondos públicos.

"3. Si en el evento de que existan faltantes puede imputarse responsabilidad fiscal a Jorge Ordóñez V., sobre la consideración de que el responsable ante la Contraloría era el correspondiente Pagador del DAS.

"4. Si hubo incremento patrimonial y personal de Jorge Ordóñez V. como consecuencia del manejo de los gastos reservados del DAS, y en caso afirmativo en qué cuantías y en qué forma y naturaleza está representado".

Dice la Corte Suprema de Justicia:

"f) El punto tercero será sometido a la Contraloría General de la República.

"Los peritos de la Superintendencia Bancaria determinarán el posible incremento del patrimonio del General Ordóñez V., en los años de 1970 a 1974, comparativamente con los años de 1966 a 1970.

"Se acepta en lo que resta la prueba en la forma requerida por la defensa".

Respuesta.

1. No es posible, precisar si existen sobrantes o faltantes y sus cuantías, por cuanto es evidente las diferencias encontradas entre el movimiento registrado por egresos e ingresos de las cuentas corrientes y los movimientos por los gastos y las sumas entregadas para gastos reservados, que se legalizan en cada acta. Estas diferencias ya fueron ampliamente detalladas en la respuesta anterior.

2. Este punto queda contestado en la respuesta anterior.

4. Por no ser los firmantes de este informe peritos tributarios, sino expertos en contabilidad bancaria, nos abstenemos de dar concepto sobre el posible incremento patrimonial del General (r) Ordóñez Valderrama en el período que se solicita.

Solicita el abogado doctor J. A. Pedraza Picón:

"g) Los peritos deben relacionar los saldos bancarios de las cuentas corrientes de Jorge Ordóñez V., mantenidas en el First National City Bank, antes citadas, existentes en las fechas en que se produjeron las actas de legalización de gastos correspondientes a fondos reservados del DAS, a efecto de establecer su cuantía y comprobar si cuando el mismo Ordóñez Valderrama giró $ 200.000.00 a favor del señor Rafael Azuero M. tenía en bancos, procedentes de tales fondos reservados, cantidad suficiente de dinero para hacer tal pago".

Dice la Corte Suprema de Justicia:

"g) Practíquese la prueba. Pero los peritos precisarán el origen de los saldos en el First National City Bank, para la misma fecha, y dirán si corresponden a depósitos particulares consignados en dinero o en cheques suyos, por el sindicado y señalarán su cuantía".

Respuesta.

Relaciono los saldos bancarios existentes en las fechas en que se produjeron las actas de legalización de gastos reservados:

Acta Nº		
006	de diciembre 28/70, cuenta corriente número 198-978	$ 122.170.66
001	de mayo 31/71, ídem	245.170.66
002	de octubre 29/71, ídem	609.170.66
003	de diciembre 16/71, cuenta corriente número 276-421	449.040.66
001	de abril 3/72, cuenta corriente número 276-421	552.414.66
002	de octubre 3/72, ídem	693.414.66
003	de diciembre 18/72, ídem	804.710.66
001	de marzo 9/73, ídem	463.710.66
002	de abril 10/73, ídem	463.710.66
003	de agosto 20/73, cuenta corriente número 413-747	581.569.17
004	de noviembre 16/73, ídem	561.069.17
005	de noviembre 26/73, ídem	561.069.17
006	de diciembre 21/73, ídem	405.374.21
001	de julio 15/74, ídem	489.860.76

En enero 25 de 1973, el General (r). Jorge Ordóñez Valderrama expide el cheque número 987058 de su cuenta corriente número 276-421 del First National City Bank Avenida Chile, a favor del señor Rafael Azuero M., por valor de $ 200.000.00; pagado en la misma fecha se hace sobre un saldo de $ 763.710.66, que venía desde enero 12.

Este saldo es el resultado del movimiento de una serie de consignaciones y de cheques pagados; en relación con lo primero ya se dijo que el total de éstas que pueden considerarse fondos particulares ascendió a la suma de $ 62.270.18,

siendo la última consignación efectuada en marzo 22 de 1971 por $ 9.000.00. El total de consignaciones con fondos oficiales para gastos reservados, hasta la fecha en que se paga el cheque a favor del señor Azuero M. asciende a la suma de $ 1.452.000.00, por lo que se colige que sólo una mínima parte de fondos particulares hace parte del saldo de $ 763.710.66 citado.

Solicita el abogado doctor J. A. Pedraza Picón:

"i) Los señores peritos deben tener en cuenta para efectos del concepto que se solicita lo previsto en el artículo 32 del Decreto 625 de 1974 y 40 del Decreto 3169 de 1968, así como las actas de fenecimiento producidas por el Contralor General de la República en el lapso comprendido entre el 10 de agosto de 1970 y el 20 de septiembre de 1974".

Dice la Corte Suprema de Justicia:

"i) Se acepta sin modificaciones".

Respuesta.

Las fotocopias de las actas que reposan en el expediente, aparecen firmadas por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, por el Secretario General del organismo y por el Pagador General del DAS, de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 3169 de 1968, derogado por el artículo 32 del Decreto 625 de abril 10 de 1974.

Así mismo las fotocopias de los fenecimientos aparecen con la firma del Contralor General de la República, en aplicación a la última disposición.

El presente informe se firma a los catorce (14) días del mes de abril de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Fdos.) *Alberto Osorio González, Eduardo Florián Moreno.*

En el caso que ocupa la atención de la Corte, el General Ordóñez Valderrama, en su condición de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, según lo proclama, sin equívocos la numerosa prueba recogida en las diferentes etapas del proceso, abrió tres cuentas corrientes, en forma sucesiva, en el First National City Bank, con destino a la administración y manejo de los fondos reservados. Depositó en ellas la totalidad de las sumas recibidas, o sea dos millones trescientos sesenta y dos mil pesos. Y como fondos particulares suyos depositó igualmente en ellas dineros en cuantía de setenta y siete mil trescientos ocho pesos con setenta y siete centavos.

No depositó el General Ordóñez Valderrama suma ninguna por fondos reservados en cuentas distintas de aquellas.

En cada ejercicio contable, después de haber legalizado la totalidad de los fondos recibidos correspondientes a cada uno de ellos, sus extractos bancarios registran saldos significativos que no guardan correspondencia con los finiquitos otorgados por el Contralor General de la República a las actas que para tal fin fueron elaboradas por el Jefe de Seguridad, con la firma del Secretario y del Pagador del DAS y con la aprobación del Consejo de Seguridad.

Dicho lo anterior, sobra advertir que las cuantías globales de los ingresos, egresos y saldos registrados en actas no concuerdan con las cuantías globales de los ingresos, egresos y saldos registrados en los extractos bancarios correspondientes a las cuentas corrientes abiertas por el General Ordóñez Valderrama con destino a la administración y manejo de los fondos reservados.

En consecuencia, como lo aseguran los peritos contadores de la Superintendencia Bancaria, no es posible su conciliación, ya que son ostensibles las diferencias que ofrecen entre sí.

Con vista en la afirmación de los peritos y con fundamento en sus propios razonamientos, la defensa concluye que es una enormidad pretender la conciliación de lo inconciliable, ya que los datos consignados en las actas registran ingresos, egresos y saldos de carácter oficial, y los extractos bancarios exhiben datos contables correspondientes a ingresos, egresos y saldos de carácter particular, pues de naturaleza particular son las cuentas abiertas en el First National City Bank, por el General Ordóñez Valderrama con destino a la administración y manejo de los fondos reservados.

La Corte no revoca a duda la condición particular reclamada por la defensa como específica de las cuentas corrientes mencionadas. Afirma, en cambio, que la totalidad de los fondos oficiales recibidos por el General Ordóñez Valderrama del Pagador del Departamento Administrativo de Seguridad con la denominación legal de fondos reservados, fue depositada en esas cuentas corrientes, que sólo en apariencia eran particulares, si se da crédito a la realidad de los hechos y al dicho del procesado en su declaración indagatoria. Si bien admite que, de pronto, como quien dice —alguna vez— pudo depositarse en ellas fondos particulares.

Posteriormente, en la ampliación de su indagatoria, tratará de probar, sin éxito, que en dichas

cuentas siempre tuvo fondos particulares en cuantía suficiente para atender los requerimientos constantes del orden público confiado a su cuidado y para hacer anticipos al doctor Azuero Manchola en cuantía de cuatrocientos mil pesos. Sin éxito, se dice, porque así se demuestra con las sucesivas peritaciones realizadas sobre las cuentas corrientes por funcionarios de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la Nación y de la Superintendencia Bancaria, todos ellos conformes sustancialmente con los extractos bancarios entregados personalmente por el procesado al Magistrado sustanciador para que, como pruebas a su favor, se agregaran a los autos.

Sólo en mínima cuantía, como lo observan los peritos de la Superintendencia Bancaria, los fondos particulares de la exclusiva o aparente propiedad del General Ordóñez Valderrama pudieron afectar los saldos finales ofrecidos por los extractos bancarios como resultado del movimiento de las cuentas corrientes del First National City Bank, que no concuerdan con los saldos consignados en cada una de las actas sometidas al fenecimiento del Contralor, para justificar el manejo de los fondos reservados.

La conclusión anterior deja sin sustento las deducciones de la defensa.

Porque resulta claro, sin equívocos, que si la casi totalidad de los fondos depositados por el General Ordóñez Valderrama en las cuentas corrientes bancarias del First National City Bank eran de origen oficial —reservados— los saldos que figuran en ellas al final de cada ejercicio contable tienen que ser igualmente, en idéntica proporción, del mismo origen.

Y si no son conciliables los saldos de las actas con los de los extractos bancarios, no lo son porque en las primeras hizo figurar el General Ordóñez Valderrama, en todo o en parte, falsos relatos contables.

Expresamente dicen los peritos de la Superintendencia Bancaria:

"En enero 25 de 1973, el General (r) Jorge Ordóñez Valderrama expide el cheque número 987058 de su cuenta corriente número 276-421 del First National City Bank Avenida Chile, a favor del señor Rafael Azuero Manchola, por valor de $ 200.000.00; pagado en la misma fecha se hace sobre un saldo de $ 763.710.66, que venía desde enero 12".

"Este saldo es el resultado del movimiento de una serie de consignaciones y de cheques pagados; en relación con los primeros ya se dijo que el total de éstas que pueden considerarse fondos particulares ascendió a la suma de $ 62.710.18, siendo la última consignación efectuada en marzo 22 de 1971 por $ 9.000.00. El total de consignaciones con fondos oficiales para gastos reservados, hasta la fecha en que se paga el cheque a favor del señor Azuero M., asciende a la suma de $ 1.452.000.00, por lo que se colige que sólo una mínima parte de fondos particulares hace parte del saldo $ 763.710.66, citado".

En 31 de diciembre de 1972 el saldo en extractos bancarios era a favor del cuenta habiente Jorge Ordóñez Valderrama de $ 804.710.66, y en esa cuantía es el mayor incremento que durante el lapso comprendido entre agosto de 1970 y agosto de 1974, registran los saldos indebidos en las cuentas corrientes del First National City Bank, todos ellos, de conformidad con la peritación que se comenta, provenientes, en su casi totalidad, de fondos reservados. Y si ese saldo es el producto de consignaciones y de cheques pagados "con fondos oficiales para gastos reservados", su monto es demostrativo, como el que más, de los delitos de peculado y falsedad que en la modalidad de continuados se imputaron en el auto de proceder al inculpado.

No resulta ocioso anotar que la cifra $ 804.710.66, a la que asciende el saldo en 18 de diciembre de 1972 y que permanecía inalterado en 25 de enero de 1973, cuando se iniciaron los avances al doctor Azuero Manchola, es mayor en su cuantía a la cifra que por saldos reservados recibía al General Ordóñez Valderrama en cada año de su desempeño como Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, pues en ninguno de ellos le fue entregada suma superior a los $ 696.000.00.

Que los dineros entregados al doctor Azuero Manchola en cantidad de cuatrocientos mil pesos no provenían de fondos diferentes se comprueba además con la siguiente afirmación que contiene el auto de proceder, destacada en su momento por el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"La cuenta número 276421 del First National City Bank —Casa Principal— fue abierta el primero de diciembre de 1971 con un valor inicial de $ 449.045.66, suma que el General Ordóñez Valderrama ordenó trasladar a la cuenta número 198-978 que en el mismo banco serviría para depositar los fondos oficiales. En la nueva cuenta consignó en cheque el día 23 de diciembre de 1971 $ 174.000.00, y el 29 de diciembre siguiente giró contra ella el cheque número 987051 a favor del

Pagador General del DAS por la suma de $ 59.526.00, y en el mismo año legalizó gastos y obtuvo fenecimientos en cuantía de $ 623.040.66. Es decir, por la totalidad de las sumas recibidas. No obstante, los saldos en chequera, en esa cuenta exhiben el 31 de diciembre de 1971 la cifra de $ 563.414.66. Si a esta cifra se agregan los $ 523.000.00 recibidos en 1972 se obtiene el resultado de $ 1.086.414.66, a los que deben restarse $ 281.704.00, que suman los egresos o sean los cheques girados contra esos fondos en 1972, para un saldo final en chequera, no en actas, de $ 804.710.66, en cuyo guarismo encontró el General Ordóñez Valderrama fondos de 'origen reservado' suficientes para satisfacer los anticipos que hizo al doctor Azuero Manchola en cuantía de $ 400.000.00''.

Si los datos que registran los extractos bancarios, agregados al expediente por solicitud del General Ordóñez Valderrama, son veraces, con base en ellos se demuestra la falsedad cometida en la elaboración de las actas que le sirvieron para legalizar los gastos reservados correspondientes a 1971 y 1972. El saldo de $ 449.046.66, que se trasladó de la cuenta número 198-978 a la cuenta número 276-421 para iniciar su movimiento contable, no figura como tal en las actas correspondientes a 1971 y es apenas lógico concluir que son igualmente falsas las que se utilizaron para obtener finiquitos sobre los gastos que con cargo a fondos reservados se hicieron presuntamente en 1972, en cuantía superior a $ 281.704.00, que cifran los cheques girados contra la suma global de $ 1.086.414.66, para dejar un saldo final, tampoco registrado en actas, de $ 804.710.66.

Con lo anterior, se demuestra que el auto de proceder sí permite determinar una pluralidad de actas falsas utilizadas por el sindicado para legalizar los gastos reservados. Que son todas las anteriores al establecimiento del saldo de $ 804.710.66 y las posteriores a él, pues tampoco lo mencionan. Lo primero, porque dicho saldo ''es el resultado de una serie de consignaciones y de cheques pagados'', como lo aseguran, con razón, los peritos de la Superintendencia Bancaria. Y lo segundo porque su presencia y su posible incremento vician la totalidad de los movimientos contables que callan su existencia. Esto sin contar con que todas las actas posteriores omiten, como las anteriores, la magnitud de los saldos que registran los extractos bancarios en las fechas de su fenecimiento por el Contralor (véase peritación de la Superintendencia Bancaria).

Esto dicho, pregunta la Sala: ¿si la totalidad de las actas callan los saldos que en la fecha de su fenecimiento ofrecen los extractos bancarios, su falsedad manifiesta requiere de precisiones distintas?

Veámoslo:

Movimiento primera cuenta corriente bancaria número 198-978 en el First National City Bank.

Cheques oficiales.

Entre el 17 de agosto de 1970 y 23 de diciembre del mismo año, recibió del Pagador del DAS tres cheques oficiales girados así:

Número		
746184 de Ag. 18/70 ..	$ 58.000.00	
790556 de Sept. 2/70 ..	58.000.00	
792669 de Dic. 23/70 ..	58.000.00	
Total cheques girados		$ 174.000.00

De estos tres cheques oficiales que le giró el Pagador del DAS, únicamente consignó en la cuenta corriente número 198-978, en noviembre 24 de 1970 dos (2) cheques, así:

Nº 746184, consignado en Nov. 24/70 ..	$ 58.000.00
Nº 790556, consignado en Nov. 24/70 ..	$ 58.000.00
Total cheques oficiales consignados	$ 116.000.00

Dejó de consignar en la cuenta corriente el cheque oficial número 792669, por $ 58.000.00, girado el 23 de diciembre de 1970 por el Pagador General del DAS.

Movimiento primera cuenta corriente número 198-978.

Iniciación: Fondos oficiales.

Inició operaciones en 10 de octubre de 1970 con un saldo de fondos oficiales que le entregó el General Leyva, por		$ 5.038.59
Consignó fondos oficiales.		
En 24 de noviembre de 1970 consignó dos cheques oficiales, cada uno por $ 58.000.00		116.000.00
Total fondos oficiales consignados		$ 121.038.59
Consignó: Fondos particulares.		
Hizo consignación de fondos que por su cuantía se consideran fondos particulares en varias fechas, por		53.270.18
Total consignaciones entre 10 de octubre y 30 de diciembre de 1970		174.308.77
Giros:		
Contra los fondos oficiales y particulares consignados, giró el cheque número 15208, de 29 de diciembre de 1970 como reintegro saldo sobrante, a favor del Pagador General del DAS ...		3.613.88
Otros:		48.524.88
Total giros contra fondos en bancos		52.138.11
Sumas:	$ 174.308.77	$ 52.138.11
Saldos en 30 de diciembre de 1970		122.170.66
Sumas iguales	$ 174.308.77	$ 174.308.77

AÑO: 1971

Cuenta corriente número 198-978 - First National City Bank.

Saldo en bancos en 1º de enero de 1971		$ 122.170.66
Consignaciones: Fondos oficiales.		
En 23 de abril consignó cheque número 56719. Proporciones de enero y febrero a $ 58.000.00 cada mes		116.000.00
En 25 de junio consignó un cheque que dejó de consignar en diciembre de 1970		58.000.00
En 8 de octubre consignó un cheque correspondiente a proporciones de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1971		406.000.00
Consignaciones: Fondos particulares.		
En 22 de marzo consignó $ 9.000.00 que por su cuantía se consideran fondos particulares		9.000.00

Giros:

En 8 de octubre un cheque a Jorge Ordóñez Valderrama, por	$ 100.000.00	
En 30 de noviembre giró un cheque a Jorge Ordóñez Valderrama, por	150.000.00	
En 29 de noviembre giró un cheque a Guillermo Ramírez (Jefe Extranjería) DAS, por	10.130.00	
En 15 de marzo giró un cheque a Jorge Ordóñez Valderrama, por	2.000.00	
Sumas	$ 262.130.00	$ 711.170.66
Saldo en 30 de diciembre de 1971	$ 449.040.66	
Sumas iguales	$ 711.170.66	$ 711.170.66

Cuenta corriente número 276-421 - First National City Bank.

Traspaso fondos:

Valor traspaso fondos en 1º de diciembre de 1971 de la cuenta corriente número 198-978 a la cuenta corriente número 276-421 del mismo banco en esta fecha	$ 449.040.66	

Consignaciones: Fondos oficiales.

Consignó en diciembre 23 de 1971, cheque oficial número 9294468 y 856719, proporciones de octubre, noviembre y diciembre de 1971	$ 174.000.00	

Giros:

En 30 de diciembre de 1971, giró el cheque número 987051 a favor del Pagador del DAS, reintegro sobrante vigencia fiscal		59.626.00
Sumas	$ 623.040.66	$ 59.626.00
Saldos fondos en 30 de diciembre de 1971		563.414.66
Sumas iguales	$ 623.040.66	$ 623.040.66

Comparación de saldos.

Saldos según extracto bancario en diciembre 30 de 1970	$ 122.170.66	
Saldos en 30 de diciembre de 1970, según extractos		122.170.66
SUMAS IGUALES	$ 122.170.66	$ 122.170.66

Movimiento fondos según las actas.

Según Acta número 006 de 28 de diciembre de 1970, la única que rindió entre 11 de agosto y diciembre de 1970, hizo gastos o egresos por $ 61.886.48, con cargo a fondos oficiales. Registró saldo en 30 de diciembre de 1970 por $ 182.090.66. En el Acta número 006 el General Ordóñez Valderrama contabilizó como recibido y llevado a fondos en bancos el cheque número 792669 girado por el Pagador del DAS en 23 de diciembre de 1970 por $ 58.000.00. Pero lo consignó en 25 de junio de 1971.

Como en el Acta número 006 contabilizó como recibidos los $ 58.000.00, movimiento no registrado en extractos bancarios, el cheque número 792669 de 23 de diciembre de 1970, causa la diferencia entre los dos saldos, es decir, los del Acta número 006 de 28 de diciembre de 1970 de $ 182.090.66 y los del extracto bancario en la misma fecha por $ 122.170.66, de $ 1.920.66.

Movimiento según actas:

Acta número 001 de 31 de mayo de 1971.

Saldo en 1º de enero de 1971	$ 000.00	
Ingresos: Fondos oficiales.		
Proporción enero de 1971	58.000.00	
Proporción febrero de 1971	58.000.00	
Egresos:		
Gastos enero de 1971		$ 21.750.00
Gastos febrero de 1971		28.530.00
Sumas	$ 116.000.00	$ 50.280.00

Acta número 002 de 29 de octubre de 1971.

Ingresos: Fondos oficiales.		
Proporción marzo de 1971	$ 58.000.00	
Proporción de abril de 1971	58.000.00	
Proporción de mayo de 1971	58.000.00	
Proporción de junio de 1971	58.000.00	
Proporción de julio de 1971	58.000.00	
Proporción de agosto de 1971	58.000.00	
Proporción de septiembre de 1971	58.000.00	
Egresos:		
Gastos marzo de 1971		$ 39.410.00
Gastos abril de 1971		42.705.00
Gastos mayo de 1971		39.685.00
Gastos junio de 1971		32.405.00
Gastos julio de 1971		31.678.00
Gastos agosto de 1971		30.625.00
Gastos septiembre de 1971		44.830.00
Sumas	$ 406.000.00	$ 261.338.00

Acta número 003 de 16 de diciembre de 1971.

Ingresos: Fondos oficiales.		
Proporción de octubre y noviembre de 1971	$ 116.000.00	
Egresos:		
Gastos en octubre de 1971		$ 52.784.00
Gastos en noviembre de 1971		153.972.00
Gastos primera quincena de diciembre de 1971		118.000.00
Sumas	$ 116.000.00	$ 324.756.00

Resumen:

Acta número 001 de 1971	$ 116.000.00	$ 50.280.00
Acta número 002 de 1971	406.000.00	261.338.00
Acta número 003 de 1971	116.000.00	324.756.00
Sumas	$ 638.000.00	$ 636.374.00
Saldo según Acta número 003 de 16 de diciembre de 1971 ...		1.626.00
Sumas iguales	$ 638.000.00	$ 638.000.00

En diciembre 20 de 1971 el Pagador del DAS, giró el cheque número 929468, por la proporción de diciembre de 1971, por $ 58.000.00.

El cheque fue consignado en diciembre 23 de 1971, por $ 58.000.00. El valor de este cheque, más $ 1.626.00 que registra como saldo en el Acta número 003, suman $ 59.626.00, o sea el valor total del reintegro de fondos hecho al Pagador del DAS como sobrantes en 30 de diciembre de 1971, cheque número 987051, por $ 59.626.00.

De lo anterior tenemos:

Saldo en 16 de diciembre de 1971 (según Acta número 003) ...		$ 1.626.00
Cheque número 929468 proporción de diciembre de 1971 ...		58.000.00
Total giro al Pagador del DAS, cheque número 987051		$ 59.626.00
Según las actas los gastos durante el año de 1971 alcanzaron a	$ 636.374.00	
Y según los extractos en 1971, giró cheques contra los fondos en bancos, por		321.756.00
Sumas	$ 636.374.00	$ 321.756.00
Gastos ficticios en actas del año de 1971		314.618.00
Sumas iguales	$ 636.374.00	$ 636.374.00

El extracto bancario en 30 de diciembre de 1971 ofrece un saldo de $ 563.414.66, disponible en enero de 1972.

Movimiento de fondos en bancos año de 1972.

Cuenta corriente número 276-421.
Saldos fondos en bancos según extracto en 1º de enero de 1972 $ 563.414.66

Así:

Fondos oficiales, $ 549.668.71.
Fondos particulares, $ 13.745.95.

Ingresos: Consignaciones fondos oficiales en 1972.

En 14 de abril de 1972		150.000.00
En 5 de junio de 1972	$	141.000.00
En 15 de noviembre de 1972		232.000.00

Gastos:

En marzo 2 de 1972		$ 11.000.00
En 29 de marzo de 1972		100.000.00
En 31 de mayo de 1972		50.000.00
En 17 de noviembre de 1972		100.000.00
En diciembre de 1972		20.704.00
	$ 1.086.414.66	$ 281.704.00
Saldo fondos en bancos según extracto en 28 de diciembre de 1972		804.710.66
Sumas iguales	$ 1.086.414.66	$ 1.086.414.66

Movimiento fondos según actas año de 1972.

Ingresos:

Fondos oficiales según actas:

Número 001 del 2 de abril de 1972	$ 150.000.00
Número 002 del 3 de octubre de 1972	141.000.00
Número 003 del 18 de diciembre de 1972	291.000.00

Gastos:

Según actas - 1972.

Número 001 del 2 de abril de 1972		$ 119..850.00
Número 002 del 3 de octubre de 1972		142.326.00
Número 003 del 18 de diciembre de 1972		310.019.00
Sumas	$ 582.000.00	$ 572.195.00
Saldos según actas en 30 de diciembre de 1972		9.805.00
Sumas iguales	$ 582.000.00	$ 582.000.00

En 30 de diciembre de 1972 el General Ordóñez Valderrama estableció en el Acta número 003, saldo disponible de $ 9.805.00 para girarlo al Pagador del DAS como sobrante. Giró esta misma cantidad al Pagador del DAS, pero no los tomó de los fondos oficiales del First National City Bank, sino del Banco Santander —Casa Principal—, Bogotá, correspondientes a *Bienestar Social del DAS.*

De todo esto resulta:

Contabiliza recibo de cheques en 1972, por	$ 582.000.00	
Contabiliza gastos según las actas en 1972, por		$ 572.195.00
Sumas	$ 582.000.00	$ 572.195.00
Saldo sobrante en 30 de diciembre de 1972, según actas		9.805.00
Sumas iguales	$ 582.000.00	$ 582.000.00

De los $ 582.000.00 que el Pagador del DAS le giró por medio de cheques, consignó en la cuenta corriente $ 523.00. Dejó por fuera el cheque girado en diciembre de 1973, por la duodécima de este mes: $ 59.000.00.

El movimiento de las Actas números 001, 002 y 003, es correcto, pero el General Ordóñez Valderrama, según el extracto bancario, en 28 de diciembre de 1972, disponía de $ 804.710.66, que venía acumulando, mes por mes y año por año, pues los gastos contabilizados en actas, no afectaban en la misma proporción los fondos en bancos.

En consecuencia, el General Ordóñez Valderrama en 30 de diciembre de 1972, según el extracto bancario disponía de $ 804.710.66, dinero oficial, aprovechado por él en los anticipos que hizo al doctor Azuero Manchola.

Movimiento de Fondos en bancos en 1973 - Cuenta corriente número 276-421.

Según extractos bancarios:

Saldos en 1º de enero de 1973, según extractos	$ 804.710.66	
Consignaciones: Fondos oficiales.		
En 12 de enero de 1973	59.000.00	
En 13 de abril de 1973	116.000.00	
En 19 de junio de 1973	50.000.00	
Gastos: Según cheques.		
En enero 25 de 1973		$ 200.000.00
En 12 de enero de 1973		100.000.00
En 9 de febrero de 1973		200.000.00
En 19 de junio de 1973		11.500.00
En 23 de abril de 1973		100.000.00
Sumas	$ 1.029.710.66	$ 611.500.00
Saldos fondos en bancos en 27 de junio de 1973		418.210.66
Sumas iguales	$ 1.029.710.66	$ 1.029.710.66

En 28 de junio de 1973, el General Ordóñez Valderrama canceló la cuenta corriente número 276-421, y abrió una tercera cuenta corriente bajo el número 413-747, movida dentro del mismo banco. El saldo de fondos en bancos en 27 de junio de 1973, ordenó trasladarlo a la tercera cuenta corriente número 413-747.

Movimiento fondos en bancos - Cuenta corriente número 413-747.

Movimiento de junio a diciembre de 1973 - Traspaso de fondos.

Valor del traspaso de fondos de la cuenta corriente número 276-421 a la cuenta corriente número 413-747, en junio de 1973 ...	$ 418.210.66
Consignaciones: Fondos oficiales.	
En 2 de julio de 1973	183.000.00
En 29 de diciembre de 1973	234.331.00

Gastos según cheques:

En septiembre de 1973		$ 13.500.00
En diciembre de 1973		416.647.45
Sumas	$ 835.521.66	$ 430.147.45
Por reintegro al Pagador del DAS		37.182.45
Sumas	$ 835.521.66	$ 467.329.90
Saldos fondos en bancos en 30 de diciembre de 1973, según extractos		368.191.76
Sumas iguales	$ 835.521.66	$ 835.521.66

Movimiento de fondos según actas. — Año de 1973 a la cuenta corriente número 276-421. — Junio a diciembre de 1973.

Acta número 001 de 9 de marzo de 1973	$ 58.000.00	
Acta número 002 de 10 de abril de 1973	58.000.00	

A la cuenta corriente número 413-747.

Acta número 003 de 20 de agosto de 1973	$ 233.000.00	
Acta número 004 de 17 de noviembre de 1973	234.331.00	
Acta número 006 de 21 de diciembre de 1973	116.669.00	

Gastos: Fondos oficiales.

Acta número 001 de 9 de marzo de 1973		$ 25.000.00
Acta número 002 de 10 de abril de 1973		23.000.00
Acta número 003 de agosto de 1973		81.982.25
Acta número 004 de 15 de noviembre de 1973		267.800.00
Acta número 005 de 26 de noviembre de 1973		111.759.00
Acta número 006 de 21 de diciembre de 1973		153.276.30
Sumas	$ 700.000.00	$ 662.817.55
Saldos en 30 de diciembre de 1973, según Acta número ... para reintegrar		37.182.45
Sumas iguales	$ 700.000.00	$ 700.000.00

El General Ordóñez Valderrama, en el Acta número 006 de 21 de diciembre de 1973, estableció un saldo de $ 37.182.45, o sea el mismo que aparece en este movimiento y procedió a reintegrarlo al Pagador del DAS por medio del cheque número 137886.

De lo anterior tenemos:

Fondos en bancos, en 30 de diciembre de 1973, según extracto bancario en esa fecha	$ 368.191.76	
Saldos en 30 de diciembre de 1973, según actas		$ 000.000.00
Sumas	$ 368.191.76	$ 000.000.00
Fondos oficiales sobrantes en bancos en 30 de diciembre de 1973		368.191.76
Sumas iguales	$ 368.191.76	$ 368.191.76

Es decir, que el General Ordóñez Valderrama contabilizó en actas fiscales como gastos ficticios $ 368.191.76, que no registraron movimiento en chequera.

Movimiento de fondos oficiales en bancos. — Año de 1974. Del 1º de enero de 1974 a agosto del mismo año. Cuenta corriente número 413-747.

Según extractos bancarios:

Saldos en 1º de enero de 1974, según extracto bancario	$ 368.191.76	
Ingresos: Fondos en bancos.		
En 30 de enero de 1974	116.669.00	
En 31 de mayo de 1974	105.000.00	
En 18 de julio de 1974	105.000.00	
Gastos según cheques:		
En 31 de mayo de 1974		$ 100.000.00
En 18 de julio de 1974		200.000.00
En 23 de julio de 1974		104.417.50
En 14 de agosto de 1974		1.476.75
En 16 de agosto de 1974		105.994.14
En 19 de agosto de 1974		560.00
En 29 de agosto de 1974		182.000.00
Sumas	$ 694.860.76	$ 694.448.39
Saldos fondos en bancos en 29 de agosto de 1974		412.37
Sumas iguales	$ 694.860.76	$ 694.860.76

Este saldo de fondos en bancos de $ 412.37, figuró en el extracto bancario hasta el 21 de agosto de 1975, fecha en la cual el General Ordóñez Valderrama giró un cheque a su favor y lo hizo efectivo. Canceló en esta forma la cuenta corriente número 413-747, o sea la tercera y última que movió en el First National City Bank.

Movimientos de fondos oficiales según actas.

Acta número 001 de 15 de julio de 1974.

Ingresos: Según acta.

Proporciones de enero y febrero	$ 105.000.00	
Proporciones de marzo y abril	105.000.00	
Gastos: De enero a agosto de 1974. *Según acta:*		
Enero de 1974		$ 9.500.00
Febrero de 1974		11.200.00
Marzo de 1974		7.300.00
Abril de 1974		8.400.00
Abril de 1974 - vestidos		1.140.00
Abril de 1974		9.600.00
Mayo de 1974		7.800.00
Junio de 1974		1.315.00
Junio de 1974		6.500.00
Junio de 1974		13.400.00
Julio de 1974		27.850.86
Sumas	$ 210.000.00	$ 104.005.86
Saldo según acta en 14 de agosto de 1974		105.994.14
Sumas iguales	$ 210.000.00	$ 210.000.00

Este saldo de $ 105.994.14, lo reintegró el General Ordóñez Valderrama al Pagador del DAS en 14 de agosto de 1974, según recibo de Caja número 07952, cheque número 137893 contra el First National City Bank.

Monto total de fondos oficiales girados por el General Ordóñez Valderrama de 12 de agosto de 1974, fecha en la cual el General Matallana tomó posesión del cargo.

Cheque Nº

137892 de agosto 14 de 1974, Jaime Angel H.	$ 1.476.75
137893 de agosto 16 de 1974, Pagador DAS	105.994.14
137891 de agosto 19 de 1974, Carlos Castro J.	560.00
137894 de agosto 29 de 1974, Jorge Ordóñez V.	182.000.00
TOTAL	$ 290.030.89

Entre el 1º de enero de 1974 al 29 de agosto de 1974, el General Ordóñez Valderrama, giró a su favor, los siguientes cheques:

Número 137887:	
Mayo 31/74, Jorge Ordóñez V.	$ 100.000.00
Número 137888:	
Julio 17/74, Jorge Ordóñez V.	200.000.00
Número 137894:	
Agosto 29/74, Jorge Ordóñez V.	182.000.00
Total cheques girados a Jorge Ordóñez V.	$ 482.000.00

El General Ordóñez Valderrama presentó entre el 1º de enero al 15 de julio de 1974, una sola acta señalada con el número 001-J, anotada en hoja anterior. En ella el General Ordóñez Valderrama, contabiliza como recibidos del DAS, $ 210.000.00, cuando en realidad, recibió del pagador $ 326.669.00, que consignó en la cuenta corriente número 413-747.

Estos $ 326.669.00, corresponden a proporciones giradas por el Pagador del DAS, de enero a julio de 1974. La proporción del mes de agosto de 1974, la reclamó el General Matallana.

En 1º de enero de 1974, el extracto registra un saldo de fondos oficiales de $ 368.191.76, y consignó entre enero y 29 de agosto de 1974, los cheques girados por el Pagador del DAS por valor de $ 326.669.00. Total $ 694.860.76: Fondos oficiales en bancos.

El Acta número 001, de 15 de julio de 1974, no registra este mismo saldo o sea el que aparece en el extracto bancario de $ 368.191.76. Omite la contabilización total de los fondos recibidos. El Pagador le giró $ 326.669.00 y el General Ordóñez Valderrama registró en el Acta número 001, como recibidos $ 210.000.00. Diferencia: $ 116.669.00.

El General Ordóñez Valderrama, entre el 1º de enero a 29 de agosto de 1974, giró cheques por un valor total de $ 694.448.39, incluyendo el cheque por $ 105.994.14, girado como sobrante al Pagador del DAS. Tenemos por consiguiente que la diferencia que resulta al descontar los $ 105.994.14 girados al Pagador del DAS es de $ 588.454.25.

Este valor de $ 588.454.25, gastos hechos por el General Ordóñez Valderrama entre enero a agosto 29 de 1974 no aparece contabilizado en el Acta número 001 de 15 de julio de 1974. Unicamente contabiliza $ 104.005.86. Diferencia: $ 484.448.29, sin contabilizar, es decir, no fueron legalizados en el Acta número 001.

En los meses en que no se le situaron fondos tenía dinero disponible en la cuenta corriente.

Año de 1970. De agosto a diciembre.

Recibió los aportes de todos los meses oportunamente, dejando inclusive de consignar en la cuenta corriente el último cheque girado en diciembre por el Pagador del DAS.

Sin embargo, en estos seis meses, en el acta registra un saldo de $ 3.613.88, los cuales reintegró al Pagador del DAS, con cheque número 15204 de 30 de diciembre de 1970.

En el acta, dice tener como saldo sobrante $ 3.613.88, pero en el extracto bancario en la misma fecha se registra un saldo de fondos oficiales disponibles de $ 122.170.66, en 30 de diciembre de 1970.

Año de 1971.

En el Acta número 004, de diciembre de 1971, registra un saldo de $ 69.626.00, o sea el saldo arrastrado en el Acta número 003 de $ 1.626.00 y

el último cheque girado en diciembre por el Pagador del DAS. Total de $ 59.626.00. Este valor lo reintegró al Pagador del DAS, con cheque número 987051 de 30 de diciembre de 1971, por $ 59.626.00.

Sin embargo, el extracto bancario en 30 de diciembre de 1971, ofrece un saldo de fondos oficiales disponibles de $ 563.441.66. La diferencia entre el saldo del acta y el saldo del extracto bancario es de $ 503.815.66. Está representada en contabilizaciones ficticias hechas en actas de 1971, pues se entiende que los gastos contabilizados en ellas deben reflejarse en cheques girados contra los fondos en bancos. Por consiguiente el General Ordóñez Valderrama, tuvo fondos oficiales disponibles en los meses en que no reclamó las duodécimas al Pagador del DAS.

Comprobación:

	Saldo según extractos bancarios
Enero de 1971	$ 122.170.66
Febrero de 1971	122.170.66
Marzo de 1971	129.170.66
Abril de 1971	245.170.66
Mayo de 1971	245.170.66
Junio de 1971	303.170.66
Julio de 1971	303.170.66
Agosto de 1971	303.170.66
Septiembre de 1971	506.170.66
Octubre de 1971	609.170.66
Noviembre de 1971	609.170.66

En 1º de diciembre de 1971 el General Ordóñez Valderrama disponía de fondos en bancos cuenta corriente número 198-978 de $ 449.040.66. Esta suma la trasladó a la cuenta corriente número 276-421.

	Saldo según extractos bancarios
Diciembre de 1971	$ 563.414.66
Año de 1972.	
Enero de 1972	563.414.66
Febrero de 1972	563.414.66
Marzo de 1972	552.414.66
Abril de 1972	602.414.66
Mayo de 1972	602.414.66
Junio de 1972	602.414.66
Julio de 1972	693.414.66
Agosto de 1972	693.414.66
Septiembre de 1972	693.414.66
Octubre de 1972	693.414.66
Noviembre de 1972	693.414.66
Diciembre de 1972	804.710.66

Obsérvese que tanto en los años de 1970, 1971 y 1972, aparecen varios meses en que los extractos bancarios no tienen movimientos. Los saldos de cada mes, son los mismos. En cambio las actas sí registran gastos o egresos.

Año de 1973.

	Saldo según extractos bancarios
Enero de 1973	$ 563.710.66
Febrero de 1973	463.710.66
Marzo de 1973	463.710.66
Abril de 1973	379.710.66
Mayo de 1973	379.710.66
Junio de 1973	418.210.66
Julio de 1973	418.210.66
Agosto de 1973	581.569.17
Septiembre de 1973	568.069.17
Octubre de 1973	568.069.17
Noviembre de 1973	568.069.17
Diciembre de 1973	405.374.21

Año de 1974 (enero a agosto).

	Saldo según extractos bancarios
Enero de 1974	$ 405.374.21
Febrero de 1974	484.860.76
Marzo de 1974	484.860.76
Abril de 1974	484.860.76
Mayo de 1974	484.860.76
Junio de 1974	484.860.76
Julio de 1974	484.869.76
Agosto 23 de 1974	290.443.26
Agosto 29 de 1974	412.37
Agosto 21 de 1975	000.00

Monto del peculado:

Valor girado al doctor Rafael Azuero Manchola ... ... $ 400.000.00

Así:

Cheque número 987058, 25 de enero de 1973, $ 200.000.00

Cheque número 987059, 19 de febrero de 1973, $ 100.000.00

Cheque número 987061, 25 de abril de 1973, $ 100.000.00

Cheques girados a favor del General Jorge Ordóñez Valderrama, cuyos valores totales no aparecen contabilizados en el Acta número 001 de 15 de julio de 1974	$	482.000.00
Así:		
Cheque número 137887, 31 de mayo de 1974, $ 100.000.00		
Cheque número 137888, 17 de julio de 1974, $ 200.000.00		
Cheque número 137894, 29 de agosto de 1974, $ 182.000.00		
Por gastos contabilizados en actas que no registran movimiento bancario:		
Según actas ... $ 572.195.00		
Según extractos $ 281.704.00		
Diferencia	$	290.491.00
Suma	$	1.172.491.00
Menos fondos particulares (folio 237, cuaderno número 3) ..	$	67.328.77
Monto total	$	1.105.162.23

Con el resumen contable que antecede se comprueba fehacientemente que el General Jorge Ordóñez Valderrama no tuvo que acudir jamás a sus fondos particulares para cubrir con ellos las partidas fenecidas en actas por el Contralor General de la República. Y que los datos contables consignados en ellas son falsos, pues de otro modo no habría establecido, como lo hizo, los saldos que registran sus extractos bancarios, superiores —en cada ejercicio— a los gastos legalizados.

Cada uno de ellos, en sí mismos considerados, en su unidad, es constitutivo de peculado. El mayor incremento de los saldos fue de $ 804.710.66, suficiente de suyo para fijar un monto al peculado, sin perjuicio de su posterior incremento. Los fondos particulares del General Ordóñez Valderrama no pudieron contribuir a su formación sino en la cuantía establecida por el auto de proceder, superior a la señalada por los peritos de la Superintendencia Bancaria.

Esta suma de $ 804.710.66 fue precisada numéricamente cuando, con anterioridad a la audiencia pública, fue requerido el Magistrado sustanciador para que señalara, por algún modo, el monto del peculado. Igualmente se hicieron otras precisiones, con la indicación de las cifras finales que acusan los saldos después de cada ejercicio fiscal.

Con fundamento en el salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Julio Salgado Vásquez, y de sus posteriores aclaraciones de voto, la defensa protesta que el General Ordóñez Valderrama no es empleado de manejo, puesto que los fenecimientos fueron extendidos a favor del Pagador del DAS, por la totalidad de los fondos incluidos en el presupuesto, a él entregados con destino a los gastos del Departamento Administrativo de Seguridad.

Se olvida que como Jefe de ese Departamento el General Ordóñez Valderrama era por disposición de ley ordenador de sus gastos y, como tal, responsable de los mismos. Pero es que, además, respecto de los gastos reservados, disponía con absoluta autonomía. Los determinaba con exclusión de todo control que no fuera el posterior y personal del Contralor General de la República, para verificar su cuantía y la veracidad del gasto, sin otra limitación que la de no rebasar el monto de lo presupuestado en cada ejercicio fiscal. Nadie más intervenía en la disposición de las erogaciones. Tenía, por mandato de la ley, la disposición jurídica y material de los fondos reservados. Los administraba, guardaba y manejaba. Ni siquiera el Presidente de la República, como él lo afirma en su indagatoria, podía penetrar en el secreto de los mismos. Los recibía como funcionario y por razón de las funciones inherentes a su cargo. Con la misma exclusividad, en consecuencia, es responsable de su administración y manejo. Y no el Pagador, a quien sólo correspondía su entrega al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad.

El aprovechamiento.

En beneficio propio y de tercero aparece plenamente demostrado en autos el aprovechamiento de los fondos reservados. En beneficio del sindicado cuando estableció saldos en cuantía superior en mucho a los efectivamente gastados. Y en beficio ajeno cuando hizo préstamos o avances al doctor Azuero Manchola en circunstancias en que según las actas fenecidas por el Contralor General de la República carecía de fondos reservados, y apelaba, para enjugar un pequeño déficit de $ 9.805.00 que le exigía el Pagador al finalizar el año de 1972, a los fondos del Bienestar Social del DAS. Y cuando acrecía sus fondos particulares en las cuentas corrientes del First National

City Bank y del Banco de Bogotá con dineros oficiales irregularmente habidos al través de los falsos que hizo constar en las actas fenecidas.

Y observa la Sala, además, que "con posterioridad al *15 de julio, fecha del saldo final dejado por el General Ordóñez Valderrama,* éste giró contra la cuenta corriente particular en que depositaba los fondos oficiales los siguientes cheques:

137887, a Jaime Angulo Hernández	$ 1.476.75
137893, al Pagador del DAS (consignado en el Banco Popular con sello pagador)	105.994.14
137891, a Cecilia Castro E.	560.00
137899, a Industria Militar (consignado en el Banco de Bogotá, CAN)	104.417.50
137890, a Jorge Ordóñez V. ...	182.000.00
137888, a Jorge Ordóñez Valderrama (julio 18, cobrado por ventanilla)	200.000.00

El cheque número 137890 fue girado por el General Ordóñez Valderrama el 29 de agosto de 1974. Dejó un saldo de $ 412.37. La cuenta permaneció inactiva desde entonces, hasta el 21 de agosto de 1975, cuando el General Ordóñez cobró por ventanilla el cheque número 137895, por valor del saldo anotado, girado a favor de sí mismo. Con él puso fin al movimiento contable de los fondos oficiales en el First National City Bank.

Posteriormente aparece el Acta número 002-J de 20 de septiembre de 1974 firmada por los Generales Ordóñez Valderrama, Matallana Bermúdez y Ríos Meza por medio de la cual se hace constar que en esa fecha el primero entregó a su sucesor las cuentas pendientes de pago de fondos reservados durante los primeros siete meses de 1974 (1º de enero a 31 de julio), que montan a la suma total de $ 367.500.00.

Los cheques fueron girados por el General Ordóñez Valderrama sin capacidad legal para hacerlo, puesto que había cesado en sus funciones y llevan fechas *14, 16, 19 y 29 de agosto* (las subrayas no son del texto original).

Los cheques girados por el General Ordóñez Valderrama, sin competencia legal, contra los fondos oficiales suman $ 290.030.89 que se especifica nuevamente, así:

Agosto 14, cheque Nº 137892 a Jaime Angulo Hernández (consignado en la cuenta corriente Nº 381072-1, Banco de Colombia) ..	$ 1.476.75
Agosto 16, cheque Nº 137893 a Pagador General DAS (consignado en el Banco Popular con sello Pagador)	$ 105.994.14
Agosto 19, cheque Nº 137891 a Cecilia Castro E. (consignado en el Banco de Colombia)	$ 560.00
Agosto 29, cheque Nº 137890 a Jorge Ordóñez Valderrama (cobrado por ventanilla Caja)	$ 182.000.00

(Folios 249 y 250 del cuaderno número 3).

El monto del peculado y la determinación de la pena.

Alega la defensa que en los delitos de peculado el funcionario fiscalizador debe fijar el monto posible de la infracción y notificarlo al sindicado. Es requisito de procedibilidad, sin cuyo cumplimiento no se puede iniciar la investigación. Esto porque al tenor del artículo 3º ... del Decreto 1858 de 1951, cuyas normas disciplinan el peculado, "si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el empleado o funcionario restituye lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio ...", la pena será reducida hasta en la mitad.

Es evidente que el artículo 18 del Decreto-ley número 911 de 1932 ordena a los visitadores fiscales de la Contraloría Nacional poner en conocimiento de los cuentadantes los alcances que en su contra deduzcan con oportunidad de los exámenes de cuentas que le practiquen.

Pero la omisión por ellos de la notificación a los cuentadantes no vicia de nulidad el proceso penal, no enerva su acción, no impide que por iniciativa suya el cuentadante que conoce mejor aún que los visitadores su conducta, resuelva, de su propio motivo, poner a disposición del Tesoro los montos de su alcance, sus faltantes.

Con cuanto mayor razón si como dice Luis Carlos Pérez, citado por la defensa "es finalidad del proceso penal determinar ese monto". La estimación hecha por los visitadores tiene carácter provisional y sirve para indicar el propósito del sindicado de ponerse a paz y salvo.

Cuando la Sala señaló diversos saldos indebidos en las inspecciones contables realizadas a las cuentas corrientes del General Ordóñez Valderrama en que depositó la totalidad de fondos reservados, lo hizo a instancia de la defensa, pero

no aprovechó él esa oportunidad para exteriorizar su intención de saldar cuentas con el Tesoro.

La posible causal de justificación.

Dice la defensa que en el caso de su patrocinado la causal de justificación de antijuricidad consistente en el cumplimiento de un deber: "el de dar prioridad al mantenimiento del orden público que hacía necesario mantener los dineros en condiciones tales que hicieran fácil su oportuna y móvil utilización en beneficio del servicio, deber prioritario impuesto por el Decreto legislativo número 3169 de 1968 y el 625 de 1974, al definir las funciones del Jefe del DAS. Y simultáneamente la causal de justificación consistente en el ejercicio de un derecho: el de reintegrar a su peculio personal los dineros que le cancelaba el Pagador del DAS cuando ya los gastos se habían causado, y atendido con los dineros personales del procesado, por lo cual hacía suyos los dineros producto de tales reintegros, cuyos saldos finales han dado margen para edificar la sospecha, no el indicio, de una presunta apropiación".

No reclama la Corte al General Ordóñez Valderrama exclusivamente el haber llevado los fondos reservados a sus cuentas particulares, sino, específicamente, el habérselos apropiado en proporción considerable, al favor de los falsos datos contables que asentó en las actas que sometió al fenecimiento del Contralor General de la República, cuyos ingresos, egresos y saldos son de imposible conciliación con los movimientos de la misma naturaleza ofrecidos por sus extractos bancarios.

Si los datos numéricos escritos en actas fueran veraces como son los que registran los extractos bancarios, no hubieran sido posibles —se repite— los saldos que éstos enseñan en las fechas de legalización de aquellas.

En estas consideraciones se hizo la demostración de cómo con anterioridad a cada gasto presunto o verdadero realizado por el General y fenecido en actas, disponía en las cuentas del First National City Bank de sumas superiores a la totalidad de los gastos efectivamente legalizados, lo que no se explica sino porque éstos, los gastos fenecidos, se hicieron, en buena parte, sólo en apariencia. No tuvo entonces el General Ordóñez Valderrama necesidad de acudir a sus fondos particulares para atender a las necesidades del servicio, pues los tuvo sobrantes y siempre a su disposición en las cuentas corrientes utilizadas para el depósito de los fondos oficiales para gastos reservados.

Si lo anterior no es discutible, tampoco es discutible que no se dio jamás a favor del sindicado, por sustracción de materia, la causal de justificación consistente en el ejercicio del derecho de reintegrar a su peculio personal los dineros que jamás le canceló el Pagador del DAS por gastos personales que no hizo el procesado.

"El delito de peculado. Al tenor del artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951 (que sustituye los artículos 151, 152 y 153 del Código Penal)". El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

"Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado a su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

Los artículos sustitutivos decían:

"Artículo 151. El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de un mes a cuatro años y la interdicción de derechos y funciones públicas de un mes a dos años, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente".

"Artículo 152. Si después de iniciada la investigación criminal y antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, o el veredicto del jurado, si fuere el caso, reintegrare el responsable en todo o en parte lo sustraído o apropiado, o su valor, se impondrá la sanción de que trata el artículo siguiente, reducido hasta en la mitad, sabiendo tenerse en cuenta, si hubiere lugar a ello, lo dispuesto en el artículo 60".

"Artículo 153. Si no se llevare a cabo el reintegro, se impondrá prisión de uno a seis años

cuando el valor de lo sustraído o apropiado no pase de tres mil pesos, y presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

Como lo anotan los tratadistas colombianos, las reformas introducidas por el decreto se refieren al sujeto activo del delito, a la acción típica y al reintegro.

Nuestro Código Penal, con drasticidad suma, concede el mismo alcance jurídico, para los efectos de su represión, al peculado por apropiación y al de uso indebido de los dineros públicos de los caudales o efectos que el funcionario administra, sin que importe su procedencia de origen oficial o particular, lo que sí se deberá tener en cuenta como criterio individualizador de la pena, por constituir modalidades del delito, siguiendo al respecto la orientación prescrita en el artículo 36.

El objeto material de la infracción.

Está constituido "por los caudales o efectos que el funcionario administra". Están representados no solamente en dinero sino igualmente por todos aquellos bienes que tienen valor apreciable en dinero, sin más que el funcionario que se los apropia o hace uso indebido de ellos tenga entre sus funciones propias las de administrarlos, guardarlos, recaudarlos o pagarlos. Si el uso indebido o la apropiación recaen sobre bienes respecto de los cuales el funcionario carece de esas funciones específicas, cometerá en su caso, delitos comunes distintos, tales como el de hurto agravado en razón de la confianza depositada en él por el dueño de los bienes.

Es característica propia de esta clase de delitos que el acto de guardar, administrar, recaudar, etc., tenga relación directa con el servicio, no bastando así que el agente ostente la calidad de funcionario, sino que se pueda establecer relación de causa a efecto entre su calidad y las obligaciones, que como tal, le incumben de administrar, guardar, pagar o recaudar, señaladas en el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951 (véase Bernal Pinzón, "Delitos contra la Administración Pública").

Sujeto activo del delito. Lo es el funcionario público que tiene entre sus atribuciones las enumeradas en el artículo 3º del Decreto 1858, pero también el empleado de instituciones o empresas en que tenga parte el Estado, tales como aquellas en que la nación, los departamentos y los municipios, intendencias y comisarías, conjuntamente o por separado ostenten como suyo el cincuenta por ciento o suma superior del patrimonio confiado a la administración, guarda, etc., del funcionario pretensamente incurso en el delito de peculado (artículo 4º de la Ley 151 de 1959 y concordantes sobre la materia), o de otras instituciones cualesquiera en que el Estado exhiba interés próximo o mediato por razón de sus objetivos o finalidades sociales, aunque el monto de sus aportes no alcancen al cincuenta por ciento del capital de las mismas.

Al tenor del Decreto-ley número 1050 de 1968, serían de esta última condición o naturaleza jurídica los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado y las Superintendencias, que constituyan organismos adscritos a los Ministerios, si cumplen dentro del orden de la autonomía administrativa, por delegación o imperativo de ley, funciones de las que son propias del Presidente de la República como Jefe Supremo de la Rama Administrativa del Poder Público.

La acción típica. Consiste en que el funcionario "se apropie en provecho suyo o de un tercero o en cualquier forma haga uso indebido" de los caudales que tenga obligación de recaüdar, administrar, etc.

La apropiación consiste en que el empleado disponga de los caudales o efectos como si fueran de su pertenencia uti domine, *es decir, realizando sobre ellos actos de señor y dueño sin intención de restituirlos. En cambio el uso indebido consiste en dar a los caudales o efectos, aplicación, en beneficio propio o de terceros, fuera del giro oficial, pero sin la intención de hacerlos suyos. Su devolución posterior no mengua en la acción el carácter delictivo.*

El dolo. Se concreta al conocimiento por el agente de que los caudales o efectos sobre los cuales realiza actos de apropiación, o practica el uso indebido son de aquellos que está encargado de administrar, recaudar, guardar, pagar y en su ánimo cierto de apropiárselos o de usarlos indebidamente y con provecho propio o de terceros. En lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan dolo genérico, pues no es necesario a su configuración el dolo específico, que algunos autores precisan como la circunstancia o elemento especial agregado a la finalidad dolosa general del acto, para que el delito se materialice. Como sería el "a sabiendas" en el uso del documento falso o en la circulación de moneda falsa, o en actuar el funcionario por simpatía o animadversión a una de las partes, delito de prevaricato,

que sin esos elementos afectivos recibe el nombre de abuso de autoridad.

Tampoco importa que el responsable haya obrado con ánimo de lucro sin haberlo conseguido, pues tanto éste como el perjuicio de la Administración Pública no son necesarios para su configuración. Importa sí la conciencia de que lo apropiado o indebidamente usado se le ha confiado al agente en razón de sus funciones específicas de administrador, recaudador o pagador, etc., y el ánimo de apropiárselo o de usarlo indebidamente en provecho propio o de tercero.

En el caso concreto. Concretando al proceso lo que teóricamente ha venido diciéndose, resulta.

Existencia en el proceso de los elementos objetivos.

1. Está probado que el General Ordóñez Valderrama ocupaba el cargo de Director del Departamento Administrativo de Seguridad durante la época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso y como tal era funcionario público y tenía entre sus funciones las de administrar e invertir los dineros del Tesoro Público que en cuantía de dos millones trescientos setenta y ocho mil setecientos seis pesos con veintiséis centavos ($ 2.378.706.26) fueron asignados, con carácter de "gastos reservados" al departamento de su dirección, durante el lapso de su mandato.

La procedencia de estos fondos era oficial.

2. Con la prueba recogida en el sumario, confrontada por los peritos de la Contraloría General de la República, allegada al proceso en el Anexo número 4 por los abogados contadores de la Procuraduría General de la Nación, se acreditó plenamente:

Que el General Ordóñez Valderrama consignó los fondos recibidos del Tesoro en tres cuentas corrientes bancarias abiertas a su nombre, por él, en el First National City Bank de Bogotá.

Que los saldos bancarios a su favor, en esas mismas cuentas, fueron en 1970 de 122.000.00. En 1971 de quinientos sesenta y tres mil cuatrocientos catorce pesos con sesenta y seis centavos ($ 563.414.66). De ochocientos cuatro mil setecientos diez pesos con sesenta y seis centavos ($ 804.710.66) en diciembre de 1972. De trescientos sesenta y ocho mil ciento noventa y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 368.191.66) en 1973. Y que en 1974 después del 11 de agosto, cuando había cesado en sus funciones, giró sobre los saldos correspondientes al último semestre de su administración, en favor del Pagador del DAS, de sí mismo y de terceros, sumas por valor de quinientos noventa y cuatro mil cuatrocientos treinta y ocho pesos con treinta y nueve centavos ($ 594.438.39).

El total de estos saldos que resulta de sumar los sobrantes en chequera de sus cuentas particulares en el First National City Bank, fue obtenido después que el General Ordóñez Valderrama recibió fenecimiento por el monto global de los fondos asignados al Departamento Administrativo de Seguridad, con la denominación de "gastos reservados", durante su administración.

Que según Acta número 003 de 18 de diciembre de 1972, el General Ordóñez Valderrama terminó el ejercicio contable y fiscal del mismo año con menos nueve mil ochocientos cinco pesos ($ 9.805.00).

Que en los meses de enero y febrero de 1973, no disponía, oficialmente, de "fondos reservados". Y que en ellos y en el mes de abril de 1973 giró a favor del doctor Azuero Manchola dineros por valor de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000), en tres cheques, correspondientes a la cuenta corriente particular número 276-421, en la que solamente depositó el General Ordóñez fondos oficiales, con cheques girados a su favor por el Pagador General del DAS.

Por la razón anterior los saldos en las cuentas corrientes abiertas a su nombre particular por el General Ordóñez en el Banco indicado corresponden necesariamente a dineros de origen oficial, sobre los que él tenía función administrativa.

Que como consecuencia de todo lo dicho, el General Ordóñez Valderrama hizo suyos los saldos mencionados y ejecutó con ellos actos de señor y dueño, en beneficio propio.

Existencia en el proceso del elemento subjetivo. El General Ordóñez Valderrama no podía ignorar que los fondos reservados que recibió del Pagador General del DAS eran dineros públicos confiados a su administración para que atendiera a las funciones propias de su cargo, como son la seguridad interior y exterior del Estado y del régimen institucional. Dispuso de ellos, en muy significativa proporción, en beneficio propio, a sabiendas de que eran fondos especiales, con destinación oficial específica y con el ánimo cierto de apropiárselos, con perjuicio del Tesoro Público.

Lo anterior, quedó ampliamente corroborado también con sus declaraciones en la diligencia de

indagatoria. Reiteró, enfáticamente, que las cuentas particulares del First National City Bank "sólo en apariencia eran particulares", pues en ellas depositaba los fondos especiales que administraba con autonomía, y admitió la posibilidad de que alguna vez, de pronto, se hubiera depositado en ellas alguna partida de distinto origen.

Nada excusa así la conducta observada respecto del manejo de los "fondos reservados" por el General Ordóñez Valderrama. Basta al efecto con recordar que después de haber obtenido finiquito por la totalidad de los dineros oficiales recibidos del Pagador en 1972, cuando no debía ni podía válidamente tener fondos disponibles en la cuenta corriente número 276-421, giró a favor del doctor Azuero Manchola tres cheques por valor de $ 400.000.00. Para justificar se dijo que el Director del DAS siempre había gozado de autorización del Consejo de Seguridad para establecer reservas. Pero en actas aprobadas por éste y fenecidas por el Contralor General de la República, no aparece partida con esa finalidad, ni el Acta número 003 de 18 de diciembre de 1973 exhibe posibilidad alguna para constituir remanentes, pues, se repite, el año de 1973 fue iniciado, en sus aspectos contables y fiscales, con déficit de $ 9.805.00.

De lo que se infiere, en forma incontestable, que los importantes saldos que el General Ordóñez utilizó en esa cuenta corriente para hacer anticipos al doctor Azuero Manchola en cuantía de $ 400.000.00, provenían de manejos indebidos de los dineros oficiales administrados por el Jefe de Seguridad.

No cabe duda, entonces, que el General Ordóñez Valderrama incurrió en delito de peculado por apropiación de que trata el Decreto extraordinario número 1858 de 1951 en su artículo 3º.

El delito de falsedad en documentos públicos.

"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:

4º Falte a la verdad en la narración de los hechos".

El factor objetivo de la infracción en el proceso.

En la modalidad descrita por el ordinal 4º del artículo 231 resulta de aseveraciones falsas consignadas en documento legítimo. La mutación de la verdad debe consistir en la discrepancia entre lo que el funcionario conoce y lo que asevera o hace constar en el documento público, declaración o diligencia. Es decir, que hace figurar como ocurrido un hecho que en la realidad no aconteció o ha tenido existencia de manera distinta. El escrito es falso en todo o en parte de su contenido, pero auténtico en cuanto a la persona que lo extiende u otorga.

El delito de falsedad cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones, requiere, en su objetividad, de los tres elementos que se enumeran a continuación:

Que se trate de un empleado o funcionario público.

Que el funcionario esté en ejercicio de sus funciones.

Que la falsedad o alteración de la verdad recaiga en documentos públicos.

Romero Soto apunta que cuando el funcionario público incurre en falsedad documental es posible igualmente la falsedad ideológica. Y agrega que no toda falta de veracidad en la narración de los hechos constituye delito: "Es necesario que el hecho atestado por el funcionario tenga relevancia jurídica, es decir, que el documento en el cual se consigna la atestación esté destinado a servir de prueba en una relación de derecho". Y tinosamente observa que esa relevancia debe juzgarse en consideración a la plenitud del ordenamiento jurídico y no del hecho concreto determinado que se incrimina al agente, siendo posible, como lo es, que un hecho, aisladamente examinado, pueda no tener importancia para la situación jurídica singular y sí para otra distinta. Ni con referencia exclusiva a los hechos documentados con observancia de los requisitos que la ley exige para su existencia y prueba, si la protección legal se extiende aun a los carentes de alguno atinente a su fondo o forma, siempre que el acto no tenga objeto ilícito.

El funcionario está obligado a la verdad formal, no a la sustancial. Es decir, a consignar la verdad de los hechos como ocurrieron en su presencia, sin que tenga que dar razón de si ellos admiten significación distinta de la que aparentan. Cuando documentalmente se consignan por el funcionario obligado a decir la verdad en actos ejecutados por él mismo, entonces, resulta elemental afirmar que el funcionario está obligado, además, por la verdad sustancial en los escritos que él mismo otorga.

Por este orden de ideas, siguiendo los lineamientos de los artículos 1758 del Código Civil,

261 del Código de Procedimiento Penal y 251 del Código de Procedimiento Civil, documento público es la presentación escrita, en escritura fonética, de manifestación de voluntad o atestación de verdad por funcionario público, en ejercicio de sus funciones. Estos documentos son en su forma y sustancialmente públicos cuando expedidos por funcionario público en ejercicio de sus funciones, con las formalidades legales y contienen manifestación de voluntad o atestación de verdad provenientes de aquél en cuanto funcionario. El documento contiene manifestación pública, de función pública. Por ejemplo: una ley, un decreto, una resolución judicial o administrativa, etc. (tales son los asientos consignados en acta contable elaborada por funcionario ordenador, o bajo su dirección, destinados a demostrar el gasto público en un ejercicio fiscal, para obtener los fenecimientos de rigor). En todos estos casos la forma y el contenido del documento son públicos. Y el documento mismo está amparado por la presunción de veracidad formal y sustancial. Se lo presume veraz en su contenido y forma. Esta se contrae a que el documento se expidió en la fecha, modo y lugar que en él se dice. O sea que son auténticos por presunción.

Si el funcionario consigna en documento público, otorgado por él, datos falsos, para atestar hecho con relevancia jurídica, sobre aquello que con el documento debe probar, oficialmente, se tiene, falsedad ideológica en documento público.

La acción típica. Es faltar el funcionario público, en forma consciente y voluntaria, con abuso de sus funciones, a la verdad en la narración de los hechos.

El sujeto activo de la infracción es el funcionario o empleado público que abusa de funciones o de su empleo.

El dolo. Está constituido por la conciencia del funcionario o empleado público de que los hechos que narra no corresponden a la verdad, y decirlos voluntariamente, sabiendo que con ellos causa o puede causar daño.

El caso concreto. Los actos realizados por el General Ordóñez Valderrama en el manejo de los fondos oficiales, examinados con amplitud en los capítulos anteriores, y los documentos ofrecidos por él al examen del Consejo de Seguridad y posteriormente al Contralor General de la Nación, para obtener su fenecimiento, demuestran, cabalmente, cómo los saldos en chequera que registran sus cuentas corrientes particulares en las que depositó solamente fondos oficiales, no podían ser posibles sí, para obtener los finiquitos correspondientes a cada una de las actas contables y a cada uno de los ejercicios fiscales, no hubiese consignado, en todos, datos falsos, contrarios a la verdad que, obligadamente, debía decir en ellos.

De lo que aparece, también en forma inequívoca, que el General Ordóñez Valderrama faltó a la verdad en la narración de los hechos por él incluidos en los relatos contables que en letras y números, literalmente, figuran en actas fenecidas por la Contraloría General de la Nación aprobadas por el Consejo de Seguridad.

Los falsos relatos contables contenidos en actas fueron el prerrequisito sin el cual el delito de peculado no habría ocurrido.

El delito de falsedad en documentos públicos fue preordenado por el General Ordóñez Valderrama a obtener provecho ilícito, para sí, con perjuicio del Tesoro Nacional, traicionando la fidelidad debida a la administración y a la fe públicas.

El concurso material. La falsedad y el peculado fueron cometidos, en concurso, por el General Ordóñez Valderrama. De ello hay abundante constancia en el expediente. Son varias las actas en que el sindicado consignó en fechas diferentes datos contrarios a la verdad sustancial que estaba obligado a registrar en ellas. Y en cada ejercicio contable, dispuso a su favor de cuantías apreciables de dinero del fisco confiado a su administración y manejo.

Como el delito de falsedad protagonizado por el General Ordóñez Valderrama no alcanzó, de suyo, por la sola mutación de la verdad el fin de lucro indebido que se propuso su autor, que si se satisfizo e hizo evidente con el aprovechamiento, en beneficio propio, de los dineros oficiales, es decir, con el posterior delito de peculado, queda claro que la concurrencia material de dos ilícitos de tipificación diferente, realizados en tiempos sucesivos, por un mismo agente, materializó la hipótesis contemplada por el inciso 1º del artículo 33 del Código Penal. Y la reiteración de los mismos hechos igualmente en tiempos sucesivos, comprendidos entre el 10 de agosto de 1970 y 1974, con violación de las normas que prescriben los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos, reveladora de un mismo designio —defraudación de los dineros oficiales—, administrados por el General Ordóñez en su condición de Jefe de Seguridad, configura, así mismo, la continuidad prevista en el artículo 32 del Estatuto Represivo (folios 39 a 54, cuaderno número 3º).

El momento consumativo del delito de peculado.

Ha sido inquietud de la defensa conocer el criterio de la Sala acerca del momento en que tuvo consumación el delito de peculado atribuido al General Ordóñez Valderrama en concurso material con el de falsedad en la modalidad de continuado.

El artículo 32 del Código Penal dice que "se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio ...".

El procesado desempeñó el cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad desde el 10 de agosto de 1970 hasta el 20 de septiembre de 1974 cuando hizo entrega de las cuentas pendientes al General Matallana Bermúdez. Durante ese tiempo el General Ordóñez Valderrama legalizó los gastos reservados cuyos fondos le fueron entregados a él para su administración y manejo en cuantía de $ 2.362.000.00, y lo hizo al través de las actas sucesivas que sometió al fenecimiento personal del Contralor General de la República. Y ya se dijo que en todas y en cada una de ellas consignó falsos relatos contables que le sirvieron para establecer saldos indebidos a su favor, en su totalidad y considerados separadamente, "superiores a tres mil pesos", o sea, a la cuantía por la que fue llamado a responder en juicio criminal.

El delito continuado es una ficción legal. Cada uno de los actos que lo conforman es de suyo constitutivo de delito. Resulta así de la sucesión continua de hechos discontinuos. La culminación de cada uno de ellos, con vista en la pluralidad, es el momento de la consumación. Unidad de designio y pluralidad de actos, según la ficción legal, totalizan una sola acción delictiva.

La cuenta corriente del Banco de Bogotá. Y las afirmaciones del General Ordóñez Valderrama.

Dijo el General Ordóñez Valderrama en audiencia pública que como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le negó el auto de sobreseimiento temporal reclamado en su favor por el Ministerio Público, fue privado por ello de la oportunidad de probar cómo de sus fondos particulares consignados en la cuenta corriente número 0260-019-09-1, abierta en el Banco de Bogotá, sucursal de la calle 12 número 6-01 de esta ciudad, giró los avances que por $ 400.000.00, hizo al doctor Azuero Manchola en tres cheques y por la cuantía global antes citada. Pero de la peritación contable practicada por Guillermo Mejía Romero y Efraín Sánchez Vásquez con ocasión de la diligencia de inspección judicial realizada a dicha cuenta por el Magistrado sustanciador en compañía del abogado Pedraza Picón se tiene que las primeras consignaciones que se hicieron en ella datan del 25 de abril de 1973 por $ 50.000.00, seguida inmediatamente por la del 21 de agosto de 1973 por $ 85.000.00 y otras posteriores. Para las fechas indicadas en el párrafo anterior, el General Ordóñez Valderrama había hecho ya, como se desprende de los datos contables de que se hace mérito en esta providencia, los anticipos al doctor Azuero Manchola, y la suma de las partidas consignadas por él hasta agosto de 1973, suman $ 135.000.00. Ninguna de ellas fue utilizada en los avances comentados, puesto que los primeros $ 200.000.00, por dicho concepto fueron girados a favor del doctor Azuero Manchola el 25 de enero de 1973 y el último por $ 100.000.00, el día 25 de abril del mismo año, todos de la cuenta del First National City Bank. En la última fecha, o sea el 25 de abril de 1973, el General Ordóñez Valderrama efectuó el primer depósito por $ 50.000.00 en la cuenta particular que abrió en el Banco de Bogotá. Y en ella consignó el General en 15 de mayo de 1973 los $ 400.000.00 que en cheques del Banco Santander giró a su favor el doctor Azuero Manchola para devolverle los anticipos que le hizo, en su totalidad, con fondos extraídos de la cuenta corriente número 276-421, del First National City Bank.

Los fondos bancarios y los conceptos aportados por la defensa.

Con mérito en conceptos emitidos por expertos en contabilidad bancaria, la defensa reclama contra el auto de proceder el haber tenido como faltantes a cargo de su patrocinado los crecidos saldos bancarios que en las cuentas del First National City Bank quedaron a su favor año tras año durante su desempeño como Jefe del DAS y al finalizar cada ejercicio fiscal. Sostiene que los saldos son el aviso o noticia que el banco respectivo da al cuentahabiente para que tenga oportuno conocimiento del estado de su cuenta corriente y de la suma que puede disponer.

El juicio de los expertos es correcto.

Pero cuando el saldo a favor del cuentahabiente corresponde al movimiento de una cuenta particular abierta por un empleado de manejo y alimentada casi exclusivamente con fondos oficiales, el dato o noticia que por medio de él le suministra el banco sirve para recordarle la cuan-

tía de los dineros oficiales a su cargo que debe devolver al Tesoro, o sea, en el caso concreto del General Ordóñez Valderrama, al Pagador General del DAS. No haber procedido en la forma indicada hizo incurrir al acusado en el delito de peculado por apropiación de aquellos saldos obtenidos por él en forma indebida.

Saldos no fenecidos en forma alguna.

El argumento de la defensa a cuyo tenor la intimidad del gasto reservado y la ilimitada confianza otorgada por el legislador al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad lo excluye de toda responsabilidad por su manejo arbitrario, cuya inversión queda plenamente justificada sin más que los ingresos, egresos y saldos que figuran en las actas elaboradas por él se correspondan entre sí numéricamente y se finiquiten de plano personalmente por el Contralor General de la República, tampoco sirve, en el presente caso, a sus pretensiones. Pues si ello pudiera ser admitido, en gracia de discusión, a folio 185 de esta providencia y bajo el rubro "el monto del peculado" figura la partida de $ 482.000.00 correspondiente a varios cheques que el General Ordóñez Valderrama giró a su propio favor y que nunca recibieron fenecimiento o justificación. Ni siquiera la del control posterior "personal del Contralor General de la República". Pero tampoco se mencionaron en el acta de entrega que en los días finales del mes de septiembre de 1974 suscribieron los Generales Matallana Bermúdez, Ordóñez Valderrama y Ríos Meza.

Personalidad del procesado.

El General Jorge Ordóñez Valderrama ha sido muy sobresaliente unidad del Ejército de Colombia y como tal ha recibido diversas condecoraciones. A lo largo de su vida ha ocupado cargos civiles de notoria importancia, tales como los de Embajador ante el Gobierno de la República de Chile, Director de los Seguros Sociales, Gobernador de su Departamento y otros igualmente significativos. Y no pesan en su contra antecedentes penales ni disciplinarios ni policivos de ninguna naturaleza.

Tasación de pena.

El procesado fue llamado a responder en juicio por un concurso material (artículo 33 del Código Penal) de delitos continuados (artículo 32 ibídem) de peculado (artículo 3º del Decreto 1858 de 1951) y falsedad (artículo 231 del Código Penal). El delito más grave es, en este caso, el peculado en cuantía superior a tres mil pesos ($ 3.000.00) que tiene asignada una pena que oscila entre cuatro (4) y quince (15) años de presidio. La pena mínima de cuatro (4) años debe, en consecuencia, sufrir un aumento de ocho (8) meses que corresponden a la continuidad de la infracción y obedece al incremento de una sexta (1/6ª) parte que aparece en el artículo 32 del Código Penal. A más de lo dicho resulta incuestionable la gravedad del hecho (artículo 36 del Código Penal) no sólo por la elevada cuantía del ilícito sino por la destinación legal que tenían los bienes de que se apropió el procesado, e incuestionable resulta también pues basta remitirse a lo dicho al analizar la personalidad del General Ordóñez Valderrama, que le aparece la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 15 del artículo 37 del Código Penal, esto es, la posición distinguida que ocupa en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad y cargos u oficios desempeñados por él. Estos dos factores permiten aumentar la pena en seis (6) meses más, para un total de sesenta y dos (62) meses o, lo que es lo mismo, de cinco (5) años y dos (2) meses imponibles por lo que al delito dominante corresponde. Resta el concurso material con el delito de falsedad que existe en el caso de autos y que permite al juzgador llegar en la dosificación de la pena "hasta otro tanto" del correspondiente al delito más grave. Ese otro tanto surgiría de duplicar la pena básica deducida para llegar a un total de diez (10) años y cuatro (4) meses. Pero no se llegará a ese máximo de sanción imponible, pues la Sala encuentra que un aumento de dos (2) años y cuatro (4) meses, para un total de pena imponible igual a siete (7) años y seis (6) meses de presidio, es suficiente.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º CONDENAR al señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama a la pena principal de siete (7) años y seis (6) meses 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. Se le descontará de la pena total el tiempo que lleva en detención preventiva.

2º CONDENAR igualmente al señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama 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.

3º CONDENAR, en abstracto, al señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama a pagar los perjuicios causados con los delitos.

4º DECLARAR que el condenado señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama no tiene derecho a los subrogados penales de la condena condicional y del perdón judicial.

5º EXPEDIR copia de esta providencia con destino al Ministerio de Justicia y autoridades que señala la ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número ...

Bogotá, D. E., febrero 14 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Ayer, antes del mediodía, después que los Magistrados integrantes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia habían firmado la sentencia aprobada por mayoría en la sesión ordinaria correspondiente al día jueves nueve del presente mes en el proceso contra el General Ordóñez Valderrama, su defensor trajo a su conocimiento el escrito por medio del cual le anuncia que para los efectos contemplados en el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951 ha depositado a su orden la suma de ciento ochenta y cuatro mil cuarenta y tres pesos a que ascendería, en su concepto, la cuantía del peculado atribuido a su patrocinado cuya responsabilidad rechaza.

Agrega que la consignación la hizo "antes de que se haya dictado sentencia de primera instancia", porque "según lo anunciaron los medios de comunicación (radio y televisión) del viernes diez de los corrientes el honorable Magistrado sustanciador ha dicho públicamente que tan sólo se encuentra en discusión el proyecto de sentencia". Y que "de todos modos es claro que la norma legal señala un término para el reintegro *hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia de primera* o única instancia".

La decisión condenatoria fue aprobada por la Sala, previa discusión y estudio, en varias cesiones, de la ponencia presentada a su consideración por el Magistrado sustanciador. Salvaron voto los honorables Magistrados Alvaro Luna Gómez y Julio Salgado Vásquez.

La Sala no comparte el criterio del memorialista respecto de la oportunidad señalada por la ley para el reintegro.

Son distintos el momento de la emisión de la sentencia y el de su ejecutoria. Con el primero se extingue la instancia y termina la competencia del funcionario que la dicta, que se conserva precariamente para los efectos de su aclaración por error aritmético o porque en su redacción contenga conceptos ambiguos o francamente dudosos, o para conceder los recursos de ley que sean procedentes, y carece de facultad para reformarla, salvo el caso de que el respectivo superior decrete la nulidad que se hubiere producido con anterioridad a su emisión o que al través del recurso extraordinario de casación la Corte ordene reponer el procedimiento y repetir la sentencia, en cuyo caso la providencia anulada desaparece.

La ejecutoria de la sentencia dice relación con su firmeza y obligatoriedad. Y durante el término de la ejecutoria puede el juez competente de oficio o a petición de parte aclarar la sentencia por los motivos precisos ya indicados.

Si al tenor del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil contra el auto que deniegue la aclaración no procede recurso alguno, y ella puede solicitarse exclusivamente durante el término de la ejecutoria, fluye sin equívocos la diferencia entre la emisión de la sentencia y su ejecutoria.

El error aritmético es corregible en cualquier momento (artículo 310 del Código de Procedimiento Civil).

Queda claro así, que cuando la ley prescribe que los beneficios en favor del sindicado corren cuando el reintegro se hace antes que se inicie el proceso y, en su caso pertinente "siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia", no extiende dicha posibilidad hasta su ejecutoria. Dictada la sentencia, la competencia del juez que la dictó se contrae, dentro de la ejecutoria, a los solos efectos de su aclaración y corrección aritmética.

De lo dicho se concluye que la consignación de que trata el escrito comentado se ha hecho en forma extemporánea, por lo cual y de conformidad con las razones de que se hace mérito en esta providencia, la Corte debe rechazar las peticiones del memorialista y así lo resolverá esta Sala.

Cabe advertir, por último, que la Sala dijo en su momento al procesado que estando "pendiente el término probatorio del juicio, no cabía señalar en el auto de proceder la suma exacta de la defraudación", y por ello se lo llamó a responder en juicio en cuantía mayor de tres mil pesos. Y se le dijo, así mismo, como lo recuerda su defensor, que el auto de proceder abunda en datos numéricos y en precisiones contables suficientes y que correspondía al buen entendimiento del sindicado determinar, con base en ellos, en qué cuantía debía restituir, si lo deseaba, los dineros oficiales.

El mayor saldo anotado en el auto de proceder, sin perjuicio de su posterior incremento, corresponde al treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y dos y cifra la cuantía de ochocientos cuatro mil setecientos diez pesos con sesenta y seis centavos.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— RECHACE la solicitud contenida en el escrito a que se contrae esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez (salvamento de voto), *Julio Salgado Vásquez* (salvamento de voto), *Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, José María Velasco Guerrero.*

José Evencio Posada
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Luna Gómez

Con la mayor consideración hacia los compañeros mayoritarios de Sala, me permito exponer sintéticamente las razones que me llevan a apartarme de ellos y a considerar que la sentencia proferida como culminación de estas diligencias, ha debido ser absolutoria:

Primero. Comparto las razones señaladas por el Magistrado doctor Salgado Vásquez en su anterior salvamento de voto y, por ello las doy como reproducidas aquí para justificar mi disentimiento, salvo en cuanto hace a lo expuesto en el número 1 de él, ya que consideró que el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad sí puede ser sujeto activo del delito de peculado. Sin necesidad de entrar en otros razonamientos, es suficiente tener en cuenta lo expuesto por el señor Contralor General de la República dentro de este expediente, en respuesta al Oficio número 578 que le fue librado:

"De conformidad con los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 42 de 1923, el General Ordóñez Valderrama en su condición ya expresada era el responsable del manejo fiscal de los fondos 'reservados' del DAS, pues él los recibía del Pagador de la misma institución y de acuerdo con el Decreto 1717 de 1960 como se dijo atrás, debía justificar y legalizar esos gastos en los términos previstos en el artículo 64 de la citada norma.

"No obstante la claridad de la disposición antes invocada, se cometió un error de redacción al fenecer las cuentas de 'fondos reservados' presentadas por el señor General Ordóñez Valderrama, haciéndose aparecer, en el formulario respectivo como responsable, al Pagador del DAS, cuando realmente lo era el nombrado jefe de la misma institución toda vez que al tenor del artículo 4º del citado Decreto-ley número 1717 ostentaba el título 'de primera autoridad administrativa y técnica' del organismo a su cargo. y sólo en esta condición *per se,* podía el General Ordóñez Valderrama manejar los fondos reservados, dentro de los límites del artículo 64 preinvocado.

"Conviene, para aclarar mejor el punto consultado, tener en cuenta el artículo 95 del Decreto 294 de 1973, sobre Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, que dice:

"*Los Ministros y los Jefes de Departamento Administrativo y los representantes legales de los establecimientos públicos nacionales son los únicos que tienen autoridad legal para autorizar giros para el pago de las obligaciones con arreglo a*

los preceptos de este estatuto y a los reglamentos'' (cuaderno número 3, folio 469).

Otra cosa perfectamente distinta es que, según se anota en el salvamento de voto del Magistrado doctor Salgado Vásquez, en criterio que el suscrito comparte, no se da la prueba del peculado en cabeza del General Ordóñez Valderrama, con fuerza suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria.

Segundo. Bien sabida es la escala ascendente en exigencias de requisitos de orden probatorio que la ley requiere para dictar auto de detención (Código de Procedimiento Penal, artículo 439), de llamamiento a juicio (ídem, artículo 481) y, finalmente, para poder proferir sentencia condenatoria (ídem, artículo 215). Cada uno de estos actos procesales, en orden ascendente, requiere, a partir del de privación de la libertad (439) mayor solidez tanto en las pruebas en sí misma considerada, como en su valoración, en atención al hecho materia de la investigación y a la responsabilidad penal del sujeto activo del pretendido ilícito.

En mi criterio dentro de este expediente se dio la prueba suficiente para llamar a juicio, pero no milita la necesaria en orden a fulminar fallo condenatorio.

Para acentuar esta manera de pensar sólo quiero destacar:

En la etapa probatoria del proceso, es decir, con posterioridad al auto de llamamiento a juicio, se practicaron numerosas pruebas. Dentro de éstas se encuentran aquéllas documentales anunciadas y enumeradas por el señor Secretario General de la Contraloría General de la República, en su comunicación de fecha 9 de septiembre de 1977, dirigida al Secretario de la Sala Penal de la Corte, en respuesta a su Oficio número 578, de acuerdo con las cuales se fenecieron definitivamente las cuentas correspondientes a ''gastos reservados del DAS'' en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1970 y el 15 de julio de 1974 (Cfr. folios 516 y siguientes, 339 y siguientes, 473 y siguientes del cuaderno número 3). Los anteriores son documentos públicos cuya falsedad no ha sido demostrada.

De otra parte, también en la etapa probatoria del juicio se produjo una prueba pericial practicada por peritos contables de la Superintendencia Bancaria, a quienes el defensor solicitó entre otras cosas ''que dictaminen sobre si de la confrontación de las entregas hechas por el pagador del DAS al señor Jorge Ordóñez Valderrama, en el período antes señalado con las actas de legalización de gastos correspondientes a los mismos *fondos reservados* y con los saldos bancarios de las cuentas corrientes números 198-976, 276-421 y 413-747 del First National City Bank, se puede concluir: ''1. Si aparecen sobrantes o faltantes y en qué cuantía; 2. si en el caso de que existan sobrantes o faltantes ellas (sic) tienen la calidad de fondos públicos ...'. La respuesta de los peritos, en lo pertinente, fue la siguiente:

''1. No es posible, precisar si existen sobrantes o faltantes y sus cuantías, por cuanto es evidente las diferencias encontradas entre el movimiento registrado por egresos e ingresos de las cuentas corrientes y los movimientos por los gastos y las sumas entregadas para gastos reservados, que se legalizan en cada acta. Estas diferencias ya fueron ampliamente detalladas en la respuesta anterior.

''2. Este punto queda contestado en la respuesta anterior'' (cuaderno de dictamen pericial, folios 10 y siguiente).

Tercero. En estas condiciones, si ''los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito'' (Código de Procedimiento Penal, artículo 310) y si no se puede ''dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella'' (ídem, 215), síguese que por lo menos surge, sobre pruebas dignas de respeto y, en consecuencia se levanta sobre argumento grave y sólido, una duda acerca de los elementos integrantes del cuerpo del delito de peculado de que se viene tratando, extensiva a la falsedad documental, que a mi juicio hacen imposible proferir sentencia condenatoria, toda vez que de acuerdo con la parte final del artículo 216 del estatuto procesal penal ''toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla''.

En los anteriores términos, dejo salvado mi voto.

Alvaro Luna Gómez.

ALLANAMIENTOS

La Policía no puede practicar allanamientos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 11 de febrero 13 de 1978.

Bogotá, D. E., febrero 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación propuesto contra la sentencia del 29 de marzo de 1977, originaria del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se confirma y reforma la que en primera instancia dictó el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad el día 5 de enero del mismo año, para condenar a Jaime Gallego Giraldo a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de presidio por los delitos concursantes de tráfico de estupefacientes y cohecho, a las sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal y a multa en cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00).

1. Los hechos que originaron el proceso:

El día 1º de junio de 1976, a eso de las cinco y media (5½) de la tarde, cinco (5) policiales del "Sipec", en cumplimiento de órdenes impartidas por la Jefatura de la Policía de Antioquia, se presentaron a la casa situada en el número 80-B-41 de la calle 32 de Medellín, en donde vivían Jaime Gallego Giraldo y Mariela Pimiento, y encontraron en una chaqueta del dueño y envuelta en "polietileno" una cierta cantidad de una sustancia blanca. Gallego Giraldo llegó a su casa cuando se practicaba la requisa y ofreció la suma de doscientos dólares al agente Jaime García Escobar para que "se aguantara". El policial fingió aceptar y recibió de manos de Gallego Giraldo un billete de cien dólares y un poco más de la sustancia blanca que esta vez el sindicado sacó de un pañuelo. Se trataba, como luego se comprobó, de clorhidrato de cocaína con un peso de 90 gramos. Gallego Giraldo dijo que adquirió por la suma de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) la cocaína decomisada, con el objeto de utilizarla para adormecer sus labios y así tocar mejor el saxofón.

2. La actuación procesal:

El Comandante de la Cuarta Brigada comisionó al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal para iniciar el proceso. Esta misión se cumplió mediante auto del 4 de junio de 1976 y tuvo como cabeza de proceso el informe policial sobre captura y decomiso. Se obtuvo dictamen técnico sobre la sustancia incautada y resultó ser, ya se dijo, clorhidrato de cocaína con un peso de 90 gramos. Gallego Giraldo fue indagado y se le resolvió su situación jurídica. Los policiales informantes se ratificaron en el proceso bajo juramento.

Por haberse levantado el estado de sitio en la nación, el proceso pasó a ordinaria y correspondió su prosecución al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín y allí, mediante comisión impartida al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal se amplió la sumaria. Cerrada la investigación se calificó (auto del 23 de agosto de 1976), mediante enjuiciamiento para Gallego Giraldo por infracción al Decreto 1188 de 1974 y sobreseimiento temporal por cohecho. Apelada esta providencia resultó confirmada en cuanto al enjuiciamiento, pero se la revocó en cuanto al sobreseimiento temporal para llamar al sindicado a responder en juicio también por cohecho (auto del 2 de noviembre de 1976). Agotada la causa se produjeron las sentencias, cuyas fechas aparecen indicadas en la parte inicial de ésta.

3. La demanda de casación:

Dice el demandante: "Acuso honorables Magistrados el fallo del honorable Tribunal Superior de Medellín, por la causal cuarta de casación (ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) por haber sido dictado en juicio viciado de nulidad. Se trata de una nulidad jurisprudencial de nulidad constitucional, por violación de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional".

La nulidad alegada la hace consistir en la inobservancia de las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional), porque, según alega, este proceso se inició sobre la base de lo que debió ser una diligencia de "allanamiento y registro", pero no fue otra cosa que una "violación de domicilio", pues los cinco (5) agentes de policía que la realizaron no sujetaron su actuación a las reglas previstas en los artículos 355, 358, 369 y 371 del Código de Procedimiento Penal, o, como él mismo lo resume:

"1. No lo practicó un Juez de Instrucción Criminal.

"2. No se decretó su práctica mediante auto motivado.

"3. Consecuencialmente, los policías no pudieron leer el auto en que tal diligencia se ordenaba.

"4. No hubo comisión por parte de ningún funcionario de instrucción para que un oficial de la Policía Judicial (y no cualquier policía) practicara el allanamiento, y

"5. No se levantó ninguna acta del mismo allanamiento y registro". Deriva de allí hacia la violación del artículo 23 de la Constitución Nacional y afirma que el Tribunal Superior de Medellín debió dar aplicación al artículo 214 del Código de Procedimiento Penal para considerar que el acto que critica no se verificó.

Otro argumento para sustentar el cargo de nulidad lo enuncia así, luego de referirse a las atribuciones de la Policía Judicial: "Es decir, que ni aun aceptando la peregrina tesis de que la policía judicial pueda practicar allanamientos ilegales, sería inaplicable al caso controvertido, por cuanto que, se repite, quienes actuaron aquí fueron agentes de policía de la Sipec, no adscritos al grupo del cuerpo auxiliar de la rama judicial, conocido como Policía Judicial".

Al final, solicita casar el fallo impugnado y ordenar que se reconstruya el procedimiento desde el auto cabeza de proceso y se decrete la libertad provisional de condenado con adecuación a lo que dispone el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

4. La contestación del Ministerio Público:

Dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal que en el caso de autos no se trata de un allanamiento sino de una inspección al lugar de los hechos, situación ésta que de conformidad con la regla "c" del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la iniciativa propia de las autoridades de Policía Judicial en casos de flagrancia o cuasiflagrancia o en aquellas en que no actúe de manera inmediata el funcionario de instrucción. Y hay flagrancia en este asunto porque la posesión o tenencia de cocaína "es infracción calificable como permanente". Además, agrega, la forma en que se desarrolló esa diligencia inicial difiere totalmente de lo que es un allanamiento, pues debe destacarse que la esposa del procesado franqueó, "libre y espontáneamente", la entrada a los policiales que llamaron a la puerta y, el propio sindicado llegó a su casa en momentos en que se realizaba la operación y no hizo ninguna oposición.

En cuanto a la afirmación de que intervino policía distinta de la judicial, dice que el demandante desconoce que el vocablo "Sipec" quiere decir "Sección de Investigación, Policía Judicial y Estadística Criminal" y que ello explica el por qué los agentes que tomaron parte en la inspección a la casa del procesado dirigen sus informes "al señor Mayor Jefe Sipec F-2", y por qué, entre otros, firma el Teniente Rodrigo de León Bernal "Jefe de Policía Judicial".

Solicita el Ministerio Público desechar la demanda y ordenar la devolución del proceso al Tribunal de origen.

5. Las consideraciones de la Sala:

El cargo de nulidad que formula el censor carece de todo fundamento fáctico en el caso presente. Alega que la actuación policiva que se realizó en la casa del procesado y permitió el hallazgo de una cierta cantidad de cocaína fue una diligencia de "allanamiento y registro", pero, comoquiera que en su desarrollo no se siguieron las reglas que informan la materia en la legislación procedimental vigente, debe considerarse que dicho allanamiento es inexistente y, en consecuencia, disponer que la actuación cumplida se retrotraiga hasta un punto anterior al auto cabeza de proceso y se excarcele provisionalmente a su poderdante. Resulta, sin embargo, que nunca en este proceso se ha practicado una diligencia

de allanamiento y registro y que la única persona que así denomina a la actividad de los policiales es el propio demandante. Sobre la base de esta errada apreciación toda la argumentación subsiguiente se derrumba e impide la prosperidad del cargo.

La Policía no puede practicar allanamientos. Le asiste sí la facultad de penetrar a domicilio ajeno o propio del delincuente sorprendido en flagrancia para los fines de su aprehensión o captura, en la forma y bajo las condiciones previstas en los artículos 24 de la Constitución Nacional y 5º del Código de Procedimiento Penal. La Policía Judicial, en particular, tampoco puede por propia iniciativa (artículo 289 del Código de Procedimiento Penal) practicar allanamientos; pero sí puede hacerlo en cumplimiento de "comisión dentro de la jurisdicción" y para casos urgentes, según lo establece el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal. De resto sólo existe la posibilidad para los miembros de la Policía Judicial de concurrir como asesores del funcionario de instrucción en los allanamientos que éste practique y cuando lo considere conveniente como se ve en el inciso segundo del artículo 367 del mismo Código en cita. Ninguna de las hipótesis dichas se da en el caso de autos. Lo que sucedió antes de la iniciación de este proceso es cosa bien distinta y de ella se dirá en el párrafo siguiente.

Los policiales que intervinieron en el registro de la casa del procesado, porque así lo ordenaron sus superiores jerárquicos, manifestaron a la esposa de éste que eran miembros del "F-2", preguntaron por él y le pidieron abrir la puerta porque debían efectuar una requisa. La señora abrió la puerta y franqueó la entrada. Uno de esos policías al declarar para el proceso bajo juramento afirma que dicha señora manifestó que abriría "con mucho gusto", otro dice que la expresión que utilizó al solicitarle permitiera el registro fue la de "que estaba bien". Ella misma, aunque habla de gritos por parte de los policiales y aun de puntapiés dados a la puerta, afirma que solicitó se le concediera un momento mientras buscaba la llave para abrir y que, luego de encontrarla, accionó la cerradura y los policiales entraron con presteza. Además, ya se sabe, el procesado llegó cuando los policiales estaban dentro de la casa. Ante esta prueba resulta imposible afirmar que dicha actuación corresponde al allanamiento que prevé el Código de Procedimiento Penal a partir de su artículo 355. En consecuencia, la única persona que así la llama es el propio censor para luego quitarle todo valor por inobservancia en su práctica de los requisitos de ley. Se trata, en consecuencia, de una simple operación de tipo policivo que contó con la colaboración de la esposa del dueño o morador de la casa registrada. El cargo no prospera.

En cuanto a la segunda parte de la demanda dice el censor "que ni aun aceptando la peregrina tesis de que la Policía Judicial pueda practicar allanamientos ilegales, sería inaplicable al caso controvertido, por cuanto que, se repite, quienes actuaron aquí fueron agentes de Policía de la Sipec, no adscritos al grupo del cuerpo auxiliar de la rama judicial, conocido como Policía Judicial". El Ministerio Público atribuye tal afirmación, que considera desatinada, a una deficiente información del demandante sobre la estructura, composición y funcionamiento de la Policía Judicial en el país.

Sobre el particular comenta la Sala: el Decreto 409 del 7 de marzo de 1971, que constituye el actual Código de Procedimiento Penal vigente desde el 1º de julio del mismo año, dice en su artículo 285 que: "La Policía Judicial estará integrada por personal especializado de la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad". Más tarde, mediante Decreto 2347 del 3 de diciembre de 1972 se adoptó el "Estatuto Orgánico de la Policía Nacional" y en su artículo 20. dispuso que: "La Policía Nacional es auxiliar de la Rama Jurisdiccional en materia penal, debe prevenir el delito y realizar indagaciones preliminares de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y el Estatuto de la Policía Judicial". Bien se ve que las dos disposiciones transcritas se corresponden. Por su parte, el segundo Decreto en cita dispone en su artículo 95 que "la División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal tiene a su cargo recolectar, procesar y difundir las informaciones atinentes al orden público y a la criminalidad, elaborar la estadística criminal y ejercer funciones de Policía Judicial, como auxiliar de la Rama Jurisdiccional, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia".

Con la sigla "Dipec" se abrevia el nombre "División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal" que, como cuerpo especializado de la Policía Nacional concurre a la integración de la Policía Judicial, funciona en la capital de la República y dirige, vigila y coordina el servicio especializado del "F-2" en el país. En cada capital de departamento existe una "Seccional de la División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal" que se abrevia

con la sigla "Sipec". Esta última, bien se ve, es parte de la Policía Judicial. En consecuencia, desacierta el demandante cuando no la reconoce como el organismo auxiliar de la Rama Jurisdiccional al cual se refiere el artículo 282 y los que le siguen en el Título I, Libro II del Código de Procedimiento Penal en vigencia. Tampoco por este aspecto prospera el cargo.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El Estatuto Mayor protege y garantiza las formas propias del juicio, que no son otras que el principio de legalidad del delito, el de legalidad de la pena, el de favorabilidad y el de la legalidad del proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 11.

Bogotá, D. E., febrero 16 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Gildardo Molina González, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Armenia en 15 de febrero de 1977 por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal

En el proceso se hallan sintetizados así:

"El señor Ramón Marín Arias era empleado al servicio del Ministerio de Obras Públicas en la Seccional del Quindío, y por tal motivo era conductor de una de las volquetas pertenecientes a tal ministerio.

El día veintiséis de agosto del año retropróximo Marín Arias había llevado hasta los talleres o garajes de la dependencia donde laboraba el vehículo y se dirigía a su casa de habitación ubicada en la Avenida Colón del Municipio de Calarcá y distinguida por el número 17-101 de la nomenclatura urbana de ese municipio.

Eran aproximadamente las ocho de la noche, a pocas cuadras de su residencia, cuando el señor Marín Arias recibió varios impactos de arma de fuego, ocasionados por un sujeto desconocido que inmediatamente después de haber accionado el arma homicida emprendió la huida. El herido cayó al suelo y minutos después dejó de existir a consecuencia de las graves lesiones recibidas.

Hasta ese sitio se trasladaron las autoridades de la Inspección de Permanencia y practicaron el levantamiento del cadáver del citado ciudadano. Posteriormente fue transportado hacia el anfiteatro de la localidad para la correspondiente diligencia de necropsia".

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en Calarcá inició la correspondiente investigación. Oyó en indagatoria a Gustavo Muñoz Ospina, José Ancízar Muñoz Ospina y Gildardo Molina González. Se decretó la libertad incondicional para los primeros y la detención preventiva para el tercero.

Recibida declaración a varios ciudadanos y practicadas otras pruebas el Juzgado Cuarto Superior de Armenia clausuró la investigación y favoreció con sobreseimiento temporal a los sindicados. Recurridos por el Agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Armenia en providencia de 24 de junio de 1976 impartió confirmación en cuanto a los hermanos Muñoz Ospina y llamó a responder en juicio criminal con intervención de jurado a Gildardo Molina González por el delito de homicidio en la persona de Ramón Marín Arias.

Llevada a cabo la diligencia de audiencia pública se dictó sentencia condenatoria de conformidad con el veredicto del *jure*. El Tribunal de instancia reformó la pena principal en ocho años y seis meses de presidio en lugar de diez años de la misma calidad impuesta por el *a quo*, mediante apelación interpuesta por el procesado y su defensor.

Admitido el recurso extraordinario de casación el 14 de abril último, se declaró ajustada la demanda presentada por el defensor de Molina González, en su aspecto formal, mediante proveído de 5 de agosto de 1977.

La demanda

Con fundamento en la causal cuarta de casación, el actor hace cuatro cargos a la sentencia recurrida y los determina en la siguiente forma.

1º En la etapa sumaria el sindicado "estuvo huérfano de servicios asistenciales de un profesional en las diferentes diligencias y pruebas practicadas". Y se notó igualmente "en la etapa del juicio", puesto que el defensor no solicitó prueba alguna durante el término respectivo de la causa y su sola intervención oral en la diligencia de audiencia pública fue insuficiente para la debida defensa.

2º El actor considera que el *a quo* violó las formas propias de cada juicio. El auto que abrió el juicio a prueba por tres días le fue notificado al procesado por medio de la asesoría jurídica del centro de reclusión de Molina González. Y de conformidad con el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal el acto debe considerarse inexistente y deberá decretarse la nulidad a partir del vicio anotado.

3º Funda su acusación a la sentencia recurrida, por haberse dictado en juicio viciado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del mismo al ser notificado el acusado por medio de comunicación telegráfica, el auto que señaló fecha y hora para la diligencia de sorteo de jurados, acto igualmente violatorio del artículo 183 del Código procedimental.

4º Considera el censor que la falta de notificación al procesado detenido, a su defensor y por anotación por estado del auto que fijó la composición del jurado que debía intervenir en audiencia pública, constituye igualmente nulidad de carácter constitucional, omisión violatoria del artículo 26 de la Constitución Política.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Sala desechar la demanda y contesta los cargos con fundamento en conceptos anteriores, sobre idénticos puntos, emitidos por esa delegada y decisiones reiteradas de la Corte respecto de las pretendidas nulidades supralegales por inobservancia de las formas propias del juicio.

Consideraciones

Como la censura reprocha al sentenciador al haber incurrido en diversas nulidades de rango constitucional, con arraigo en el artículo 26 de la Carta, todas ellas referidas a las garantías debidas a la defensa del procesado, la Corte las responde en su orden, pero en conjunto.

Se afirma que Gildardo Molina González careció de adecuada defensa en el sumario y posteriormente en el juicio. En el primero, porque no estuvo asistido por un profesional de Derecho, y en el segundo porque la actuación de su defensor estuvo limitada a la intervención oral en la audiencia pública. Y se protesta igualmente porque las notificaciones del auto de apertura a pruebas en la etapa del juicio y el que ordenó el sorteo del jurado se hicieron no por medio de juez especialmente comisionado para el efecto sino al través del Asesor Jurídico de la cárcel de Palmira, lugar de su reclusión, el primero, y por medio de telegrama enviado al mismo establecimiento carcelario, el segundo.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal con fundamento en reiterada jurisprudencia de la Corte observa cómo la defensa formal o técnica encuentra justa oportunidad en la etapa del juicio y, en los que se tramitan por la vía del jurado, en la audiencia pública, cuando controvierte todos y cada uno de los cargos que el juez del conocimiento formula al sindicado en el auto de proceder y en el debate con el Ministerio Público, hace valer los argumentos que demuestran la inocencia del inculpado o aquellos que modifican su responsabilidad, atenuándola. Que ya se ha dicho, por lo demás, que la ausencia de apoderado en el sumario no vicia de nulidad el proceso, pues durante esta fase de la tramitación el mismo sindicado, si lo quiere, puede actuar en su defensa, y para ello está facultado por ministerio de ley. Por último, en el sumario las nulidades se limitan a la incompetencia del juez y a la falta de personería en el querellante cuando no puede procederse de oficio.

Y si bien es cierto que el juez comisionado no hizo a Gildardo Molina González las notificaciones que motivan la acusación por el recurrente, no es menos evidente que por uno o por otro modo, los autos de apertura a pruebas, en la etapa del juicio, y el que señala fecha y hora para el sorteo de jurados se le hicieron conocer oportunamente. Es más, el procesado y su defensor pidieron pruebas, intervinieron en su producción y las aprovecharon en la audiencia pública, con la amplitud de que da cuenta el expediente.

Lo anterior significa que el espíritu del artículo 26 de la Carta y sus desarrollos legislativos por los artículos 183 y 184 del Código de Procedimiento Penal, en el caso que se examina, tuvieron eficaz cumplimiento. Es más. Si alguno de los autos que según la censura no fueron notificados en debida forma al procesado, no le hubiere sido, en absoluto, su actuación dentro de los términos para solicitar y obtener a su favor el decreto de pruebas, redime al proceso de la pretendida nulidad reclamada por el actor. Y lo propio ocurre con el auto que fijó fecha y hora para el sorteo de jurado, si contra él no se queja en su hora el procesado, o su defensor.

Se alega finalmente como causal de nulidad el no haberse notificado personalmente al sindicado el auto por medio del cual se fijó la composición del jurado que debería actuar en la audiencia pública.

Ya se dijo que el sindicado fue notificado telegráficamente, en la cárcel de Palmira, del auto que fijaba fecha y hora para el sorteo de jurados. Pero en ningún momento su defensor o él personalmente protestaron contra la forma como quedó integrado. Ni ahora la censura se queja por ello, sino porque se omitió comunicarle que el jurado había sido integrado por las personas que con dicha condición actuaron en el juicio.

No es discutible que el artículo 26 del Estatuto Mayor protege y garantiza las formas propias del juicio, que no son otras sino las que contienen las garantías fundamentales que en él se dicen, es decir, el principio de legalidad del delito, el de legalidad de la pena, el de favorabilidad y el de legalidad del proceso. Son formas de contenido sustancial. Y su invocación como causales de nulidad, debe ser sustentada y demostrada en consonancia con la trascendencia y seriedad que su inclusión en el Código Institucional hace exigente. El artículo 26 no prescribe el culto a lo simplemente formal, sino a los trámites y solemnidades sin cuyo cumplimiento son irrisorias las garantías de las partes en el proceso, como serían, por ejemplo, para el caso que se examina, el juicio del sindicado, sin oportunidad para probar en su favor, o el haber sido juzgado por juez sin competencia, o por un trámite impertinente o sin haberlo oído y vencido en juicio. O condenado sin ley preexistente.

El culto de lo meramente formal, vale decir, del derecho formulario, no es garantía procesal ninguna, pero sí viciosa y vituperable costumbre que no dice bien de los funcionarios y abogados que lo practican y que demerita la administración de justicia.

Los cargos no prosperan.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 14 de febrero 16 de 1978.

Bogotá, D. E., febrero 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Cumplidos los trámites legales procede la Corte a resolver el recurso de casación sustentado por el defensor de Esteban Javier Maury Misriki y Electo Miguel Misriki contra la sentencia de 8 de junio de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual se les impuso la pena principal de diecisiete años de presidio como responsables del delito de homicidio agravado en la persona de Víctor Orozco Mattos.

Hechos y actuación procesal

Los resume así el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"En la noche del 22 de noviembre de 1975, Víctor Orozco Mattos recibió muerte a consecuencia de numerosas heridas que se le ocasionaron con instrumento punzante, hechos que tuvieron desarrollo en el bar o cantina de propiedad del occiso en la ciudad de Fundación (Magdalena), habiéndose establecido en el curso de la investigación y después de diferentes pesquisas, que fueron autores de tal hecho los hermanos Esteban Javier Maury Misriki y Electo Miguel Misriki, quienes además se apoderaron de objetos de propiedad de la víctima".

Luego de las diligencias propias de la Policía, el Juzgado Promiscuo de Fundación abrió la investigación, y concluida ésta, con la vinculación de los procesados recurrentes, el Juzgado Segundo Superior la cerró y comprometió en juicio a los incriminados así: a Esteban Javier, como autor y a Electo como cómplice necesario del delito de homicidio con características de asesinato por la concurrencia de las causales 3ª y 7ª agravación del artículo 363 del Código Penal, por haberse ejecutado el homicidio para consumar otro, y, además, por la modalidad de la sevicia en su ejecución.

Con la calificación anterior, se llegó a la audiencia habiendo respondido afirmativamente el jurado popular a los cuestionarios que le fueron sometidos por el juez de derecho. Dictada la sentencia, de conformidad con la veredicción, se recurrió al Tribunal y éste la confirmó en su integridad mediante el fallo que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda

Dos cargos formula el censor con apoyo en las causales 3ª y 4ª de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

Causal tercera. Cargo único: "Sentencia dictada sobre veredicto contradictorio. El veredicto emitido por el Tribunal popular en el presente caso y que sirvió de base y fundamento a la sentencia que demando en casación, es claramente contradictorio".

Expresa el censor, tratando de desarrollar el cargo que formula en la premisa anterior, que sus patrocinados, en las respectivas diligencias de indagatoria, dieron versiones diversas sobre la autoría del homicidio, lo cual conduciría, indefectiblemente, a que se reconociera una hipótesis de "complicidad correlativa" (artículo 385 del Código Penal), que justificaría la convocatoria de un nuevo jurado para su reconocimiento.

Causal cuarta. Cargo único: "Sentencia dictada en un juicio viciado de nulidad". La pretendida nulidad la hace consistir el recurrente en la circunstancia de que "los sindicados son hermanos. Sin embargo, cuando Electo, dijo que Esteban fue el que cogió el punzón y con él le

daba punzonazos al occiso, como hermano ha debido hacerse las prevenciones del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, de que no estaba obligado a hacerle cargos a su hermano y si su declaración lo (sic) hacía sin juramento, ha debido ser juramentado en los cargos a su hermano. Sin embargo, se omitieron esas formalidades que van contra el 'debido proceso', garantizado en la letra y espíritu de nuestra Carta".

Más adelante, se refiere el casacionista, a la falta de defensa de sus patrocinados y a las informalidades en la recepción de algunas pruebas.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal contesta los cargos de la demanda y solicita a la Corte negar las peticiones de la misma.

Respecto a la primera de las causales, expresa el Ministerio Público, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte debe entenderse por "veredicto contradictorio el que por contener términos opuestos, que por lo mismo se excluyen, no puede ser acogido, ni permite fundar sobre el mismo la sentencia correspondiente", y ésta no es precisamente la situación que se examina, ya que los cargos fueron claramente determinados en el auto de proceder y en los cuestionarios sometidos al jurado. La pretendida existencia de una complicidad correlativa se descarta por la simple razón de que, como quedó dicho, la participación de los dos procesados en la ejecución del homicidio, quedó plenamente definida en el auto calificatorio.

Sobre la alegada nulidad que surgiría de la inobservancia del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, el Procurador afirma, con sobrada razón, que del examen de las diligencias, se evidencia, que las diversas versiones relacionadas con la autoría material del homicidio, surgieron dentro de las respectivas indagatorias a que fueron sometidos los sindicados, y que solamente cuando uno de ellos imputó directamente la comisión del delito al otro, se le recibió juramento. Por tanto, habiendo sido absolutamente espontáneas tales declaraciones, no es jurídicamente posible que se genere la nulidad alegada, viniendo a incidir en la valoración de la prueba, la omisión del juramento, para el caso de que tal situación se hubiera presentado.

Se considera

Como oportunamente lo recuerda el colaborador fiscal, la jurisprudencia de la Corte ha insistido, con relativa frecuencia, en el sentido de afirmar que sólo es posible calificar como contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción, vale decir, cuando sus términos impliquen afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto. Lo contradictorio, ha dicho la Corte, es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar, porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado.

Como esta no es la situación del caso que se examina, el cargo no puede prosperar.

Respecto a la alegada nulidad que se originaría por la inadvertencia de haber hecho conocer a los procesados la previsión contenida en el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal además de las razones aducidas por el Procurador, debe tomarse en cuenta que la prohibición contenida en la norma se refiere a la *obligación* de declarar en los procesos, contra los parientes, lo cual implica, en el caso concreto, que queda al arbitrio o facultad del testigo declarar o no, pero en forma alguna se puede sostener que exista una prohibición de recibir el testimonio de los parientes, fuera de que como ya se indicó, no es que hubiera propiamente una sindicación en este asunto, sino que simplemente al dar los sindicados su versión sobre el desarrollo de los hechos, necesariamente hubieron de confesar su mutua participación.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Por las razones 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.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

DOSIFICACION DE LA PENA

La ley penal colombiana faculta al juez para la determinación de la pena, sobre la consideración de la peligrosidad del sujeto que supone existe en el proceso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 14 de febrero 16/78.

Bogotá, D. E., febrero 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 20 de abril del año próximo pasado, al resolver el recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado Treinta Penal del Circuito, por el cual impuso condena de tres años de presidio a las accesorias de ley al ciudadano de nacionalidad canadiense André Joseph Artur Mattieu, dentro del proceso que por violación al estatuto de estupefacientes se adelantó en su contra, la reformó elevando la pena de tres a cuatro años de presidio.

Contra esta última decisión interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado del sindicado y que es objeto de este fallo.

Hechos y actuación procesal

El 5 de junio de 1976 en una de las habitaciones del hotel "Dann", ocupada por el procesado, fueron halladas, por una empleada al servicio del hotel, unas bolsas de plástico, cuyo examen estableció que contenían 54 gramos de cocaína y un cigarrillo de marihuana. La investigación correspondió adelantarla originalmente al Juez Cuarenta y Siete de Instrucción Penal Militar, por hallarse para la época el país en estado de sitio, levantado éste, el proceso fue enviado al reparto de los jueces competentes correspondiéndole, como se anotó, al Treinta Penal del Circuito, funcionario que dictó la sentencia de condena que reformada por el Tribunal es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula un único cargo así: "La sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Penal—, es violatoria de la ley sustancial (artículos 36 y 37 del Código Penal), por interpretación errónea, por haberse incurrido en error de derecho".

El cargo busca demostrar que el aumento de la sanción es violatoria de la ley, y así lo desarrolla el casacionista:

1. Uno de los fundamentos del aumento de la pena lo respalda el Tribunal en el hecho demostrado, de que además, de la cocaína en la cantidad indicada, al procesado le fue encontrado un cigarrillo de marihuana. El demandante afirma que el portar marihuana no constituye circunstancia de mayor peligrosidad, sino conducta autónoma sancionada expresamente por la ley (artículo 38, Decreto 1188 de 1974). Expresa además, que las circunstancias de peligrosidad, por ser de naturaleza accesoria, presuponen la existencia de un delito, y que como el porte de marihuana no le fue deducido al procesado en el auto de proceder, no se le podía cargar como delito *per se,* ni menos como circunstancia de peligrosidad. Por tanto, "el considerar una conducta típica como circunstancia de mayor peligrosidad, es un claro error de derecho" por errónea interpretación de los artículos 36 y 37 del Código Penal.

2. La reforma de la condena se apoya también en la consideración del Tribunal de que se trata de un ciudadano extranjero que entró al país

"únicamente por razones vinculadas al negocio de los estupefacientes", por lo que su personalidad resultaría más peligrosa por formar parte del grupo de traficantes internacionales, etc.

El censor discute la afirmación anterior por cuanto que considera que la calidad de narcotraficante, antes que circunstancia de peligrosidad, es "una conducta típica, principal, considerada como delito por la ley" situación que el demandante busca comprobar jurídicamente, a través de los infinitivos verbales con los que la ley define las conductas y vinculadas al tráfico de estupefacientes, por lo que, el Tribunal habría errado por haber confundido "un delito con una causal de mayor peligrosidad".

3. Tampoco comparte el recurrente el criterio del Tribunal en cuanto al apoyo jurídico que en el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal busca respaldar el aumento de la pena sobre la consideración de que la realización de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas, demuestran gran insensibilidad en sus autores. La crítica consiste en que, por una parte, se estaría atribuyendo al procesado nuevamente la calidad de narcotraficante, y por otra, se tomarían como circunstancias de peligrosidad factores que "están implícitos en la conducta".

4. Finalmente, el Tribunal respalda la dosificación de la sanción en la cantidad de droga que le fue decomisada al ciudadano canadiense, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974. El censor aun cuando comparte el criterio de la ley, discrepa de su aplicación en el caso concreto, ya que no se trataría de una gran cantidad de cocaína, ni menos de gran pureza.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal luego de examinar los cargos formulados a la sentencia, solicita a la Corte, "negar las peticiones de la demanda". En cuanto al primer cargo, el Procurador lo encuentra sin respaldo por cuanto la posesión de la marihuana no le fue atribuida al procesado como cargo separado en el auto de proceder, por lo que, bien podía el fallador tomar en consideración tal circunstancia para fundar la dosimetría de la sanción.

Solamente comparte el Procurador la argumentación relacionada con el reclamo que se hace en la sentencia al numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, sin embargo, de lo cual, no se daría el error de derecho alegado, ya que las demás consideraciones tomadas en cuenta por el Tribunal, ampliamente respaldan la dosificación que se reclama por no ser violatoria de la ley sustancial.

Consideraciones de la Corte

Acierta el demandante cuando afirma que las circunstancias del delito, referidas estas a la objetividad del mismo, o a la personalidad del autor, son factores accesorios que necesariamente presuponen el hecho ilícito al cual acceden. *En tema de dosimetría penal el artículo 36 del Código Penal es de una claridad que no deja lugar a dudas. Allí se ha dado al juez un amplísimo margen de discrecionalidad para que tomando como base los factores indicados en la norma —los límites que taxativamente señala la ley, por una parte, y luego, la gravedad del delito, las modalidades dentro de las cuales fue ejecutado, los motivos determinantes y las circunstancias de peligrosidad, pueda fijar y adecuar la sanción correspondiente en forma que se acomode lo más posible a la personalidad del autor del hecho criminoso—.*

El criterio acordado por la ley en la norma referida, representa, sin duda alguna, uno de los postulados de la llamada Escuela Positiva, cuyo máximo exponente el profesor Enrico Ferri, los concretó en su Proyecto de Código Penal de 1921, en el que se inspiraron los redactores del estatuto del año 36 como que la parte general del Código Colombiano, en la mayoría de su articulado, es un fiel reflejo del que contenía el proyecto Ferri de 1921.

Es por ello que resulta muy provechoso conocer el criterio que guió a la Escuela Positiva en la valoración y consideración de las llamadas circunstancias de peligrosidad.

Escribió Ferri en la "exposición de motivos" de su proyecto, cuanto sigue, y en relación con un postulado que resultaba fundamental dentro de la concepción positivista del Derecho Penal, la peligrosidad: "En consecuencia, las medidas de defensa social contra la delincuencia deben adaptarse no tanto a la mayor o menor gravedad objetiva del delito, como se ha hecho hasta ahora por todas las legislaciones penales, cuanto a la mayor o menor peligrosidad del delincuente. Puede en efecto un delito grave ser cometido por un delincuente poco peligroso y un delito leve ser en cambio el síntoma de una personalidad anormal y muy peligrosa. Y por cuanto los jueces tienen delante de sí a un hombre y no mero hecho objetivo, se presenta frecuentemente un contraste

en sus conciencias y en sus sentencias entre la ley y la realidad humana y las condenas no tienen el consentimiento público porque o son demasiado rígidas o demasiado insuficientes". Y en otra parte de su importante exposición escribió:

"Cuando el hecho no sea justificado, el autor de tal hecho es siempre legalmente responsable. Existe empero —además de la responsabilidad legal—, otra condición común a todos los delincuentes, y es la de que su responsabilidad debe concretarse en una sanción, la cual caso por caso corresponda a la diversa peligrosidad del delincuente ... peligrosidad que constituye el eje de una justicia penal inspirada en el sentido de la realidad humana individual y social. Naturalmente, como lo reconocieron todos los criminalistas contemporáneos, cuando se colocan la defensa social y la peligrosidad del delincuente como fundamento y criterio de la justicia penal, es inevitable que los poderes del juez reciban una extensión mayor ... *Es igualmente evidente que al aplicar las sanciones represivas a los hechos delictuosos, el arbitrio del juez no puede y no debe sobrepasar los límites que la ley, para garantía de la sociedad y de los ciudadanos conjuntamente, ha establecido preventivamente.* Pero dentro de estos límites legales no es posible suprimir al juez una cierta largueza de poderes, puesto que de otra manera se reduciría a ser un contador mecánico de dosimetría penal" [*E. Ferri, Progetto Preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I) Relazione, Milán, 1921, páginas 5 y 43*].

No es difícil aplicar esta motivación como justificativa de la amplia discrecionalidad que en materia de dosimetría penal acuerda la ley colombiana al atribuirle al juez la determinación de la pena sobre la consideración de la peligrosidad que se supone existe en el proceso.

Respecto de la primera consideración, o sea la que se apoya en el hecho de haber hallado en poder del procesado, además de la cantidad indicada de cocaína, un cigarrillo de marihuana, el Tribunal se apoya en la facultad que le otorga al fallador el artículo 43, numeral 3º, del Decreto 1188 de 1974 en el que expresamente se dice, que respecto a las conductas definidas en los artículos 37 y 38 del estatuto, podrá aumentarse la pena, tomando en cuenta la cantidad y calidad de la planta o droga "a juicio del juez". De modo que se trata de una clara y expresa facultad discrecional que solamente requiere para que su ejercicio no resulte arbitrario, que tenga un respaldo en la realidad procesal. Y aquí, sin duda lo tiene por cuanto se deduce claramente que el condenado no sólo era traficante, sino además, adicto a la droga.

En cuanto a la segunda observación, el Tribunal se apoya en la norma del artículo 36 del Código Penal y valora la personalidad del procesado como más peligrosa por tratarse de persona que llegó al país seguramente con el ánimo de comerciar en estupefacientes. Ninguna importancia tiene el hecho de que tal situación haya sido elevada a la de delito per se.

Si no se le atribuyó esa calidad, como delito en el pliego de cargos, no existe obstáculo alguno para que dentro del amplio criterio que concede la ley al juez (artículo 36 del Código Penal) la hubiera considerado como circunstancia de peligrosidad.

Igual razonamiento cabe en cuanto a la consideración relativa al hecho de que los traficantes demuestran gran insensibilidad al comerciar con drogas que causan verdaderos estragos en la juventud especialmente. Nuevamente, el fallador se acoge a la facultad legal que lo autoriza para valorar las condiciones personales del agente y adecuar la pena a su personalidad.

El mismo razonamiento debe hacerse respecto a la consideración relativa a la cantidad y calidad de la droga, que como se vio está expresamente prevista como factor para graduar la sanción, en el numeral 3º del artículo 43 del Estatuto de Estupefacientes.

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.

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Cuando se alega es preciso demostrar por el demandante que los errores alegados aparecen de manifiesto en los autos y que inciden sobre lo fundamental de la sentencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 18.

Bogotá, D. E., marzo 6 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 1º de abril del año pasado confirmó en todas sus partes la del Juzgado Quinto Superior de esta ciudad, fechada a 8 de noviembre de 1976 por medio de la cual condenó a Libardo Nieto Velandia, Alcira Rodríguez Amaya e Israel Toro Mendoza a la pena principal de veintiocho (28) meses de presidio, y a Alberto Devia Martínez a la de veinticuatro (24) meses, también de presidio, por el delito de falsedad documental, al tiempo que absolvió a Samuel Erasmo Segura Cruz, quien había sido llamado a juicio por el mismo ilícito. A los condenados se les impusieron las penas accesorias de rigor y fueron sentenciados también a pagar los perjuicios causados con la infracción.

Contra la providencia primeramente mencionada interpuso en tiempo oportuno recurso de casación el apoderado de la parte civil. Le fue concedido y lo sostuvo mediante la correspondiente demanda que fue declarada ajustada a derecho.

Hechos y actuación procesal

Se inició el presente proceso a virtud de denuncia presentada por Clodomiro Ayala Rico en su calidad de Gerente del "Depósito de Drogas Colombia Limitada" de esta ciudad, y quien en la referida diligencia, que lleva fecha 1º de diciembre de 1973, lo mismo que en posteriores intervenciones manifestó que los empleados de dicha empresa Libardo Nieto Velandia, Israel Toro Mendoza y Alcira Rodríguez Amaya habían ideado un sistema para defraudarla, que consistía en elaborar facturas dobles de los pedidos que se hacían al depósito, en forma que una de dichas facturas aparecía por una suma inferior a la otra, que era la verdadera, hecho lo cual procedían a apropiarse de la diferencia, con la colaboración de varios dueños de droguerías.

La víspera de la denuncia fue capturada Alcira Rodríguez, quien ante la Unidad Central de la Policía Judicial de Bogotá manifestó que Samuel Segura y Libardo Nieto se habían puesto de acuerdo para defraudar la mencionada empresa y que el primero de los mencionados era condueño de una droguería en el Municipio de Sogamoso, a la cual también se le hacían ventas por el mismo sistema.

Posteriormente, ya iniciada la investigación e indagada la Rodríguez, negó haber hecho las manifestaciones en contra de Segura que se dejan consignadas.

Otro de los comprometidos, Ricardo Nieto Velandia en su indagatoria manifestó que Alcira Rodríguez le había propuesto que se entendiera con Samuel Segura para llevar a cabo la defraudación y que como había convenido con Alcira que cada uno conseguiría sus clientes, llamó a Segura a un teléfono que ella le dio y le propuso una cita. Agrega que se encontró con él, pero no dice que hubiera convenido participar en la defraudación.

Fernando Rico expresa que Alcira Rodríguez lo mandó a llamar desde la cárcel y le dijo que Samuel Segura le había propuesto que la relacionaba con algunos propietarios de droguerías

y que bajo la dirección de aquél comenzó a adulterar facturas en la forma ya mencionada. Agrega el declarante que como Alcira le pidiera hacer un memorial solicitando una ampliación de indagatoria para manifestar al instructor lo que le había dicho al testigo, pidió al abogado de la empresa elaborar el escrito que fue firmado por la Rodríguez.

Preguntada ésta por lo que decía el testigo, negó haberle manifestado lo que éste pone en su boca aun cuando aceptó haber firmado un memorial sin darse cuenta de su contenido.

Uno de los empleados del depósito, Francisco Alberto Bejarano Amaya declara diciendo que, comisionado por el denunciante, quien se había dado cuenta de que el producto de las ventas no correspondía al monto de los artículos vendidos, se hizo a la confianza de Alcira Rodríguez, quien le ofreció hacerle partícipe de las ilícitas ganancias que estaba obteniendo a condición de que consiguiera nuevos propietarios de droguerías que intervinieran en el fraude, advirtiéndole que en sus actividades estaba respaldada por Samuel Segura, lo que le decía sin advertir que un agente del F-2, José Antonio Velasco Quiroga, prevenido al efecto, estaba escuchando la conversación.

Segura al ser interrogado sin juramento, negó los cargos atribuyéndolos a malquerencia del denunciante.

Se estableció que este sindicado, a más de ser condueño de una droguería en Sogamoso era el único representante del depósito en los Llanos y que, con posterioridad a los hechos, vendió su parte en el establecimiento mencionado.

Cerrada la investigación, el juez del conocimiento abrió causa criminal contra Libardo Nieto Velandia, Israel Toro Mendoza, Alcira Rodríguez Amaya, Alberto Devia Martínez y Samuel Erasmo Segura Cruz por el delito de falsedad en documentos privados y ordenó la detención de este último, así como el embargo de un bien inmueble de su propiedad.

Esa providencia, fechada a 13 de agosto de 1974, fue apelada y el Tribunal la confirmó totalmente por la suya de 13 de octubre de 1975.

Abierto el juicio a prueba se produjeron varios elementos de convicción y terminada la etapa del juicio se pronunció la sentencia mencionada en un principio en la que, como ya se dijo, fueron condenados los enjuiciados a excepción de Samuel Segura Cruz a quien se le absolvió.

Respecto a éste se dijo que las dos únicas facturas que pudieran comprometer su responsabilidad, o sea las expedidas a nombre de la droguería "San Martín" de Sogamoso, carecían de firma y que, por lo tanto, tratándose de documentos privados, podían considerarse inexistentes por la ausencia de autor, por lo que, no habiendo documento, no podía existir la falsedad.

Demanda de casación

En el marco del segundo cuerpo de la causal 1ª de casación, dirige el demandante varias censuras a la sentencia por considerar que hubo error de hecho en la interpretación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Critica que se hubiera desechado la acusación hecha por Alcira Rodríguez contra Segura ante la Policía Judicial y que, en cambio, se considerara que debía aceptarse la retractación de la procesada ante el funcionario instructor.

Agrega que esa primera versión de la Rodríguez está apoyada por otras pruebas, entre ellas la declaración del capitán Eduardo Junco Arias, Jefe de la Unidad Central de la Policía Judicial, quien tenía facultad legal para recibir declaraciones, según lo dispuesto por los artículos 289 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

Cita entre las pruebas no tenidas en cuenta por el sentenciador la declaración de Libardo Nieto Velandia, quien manifestó haber concertado una cita con Segura para convenir con él otras defraudaciones, lo que hizo por insinuación, en tal sentido, de Alcira Rodríguez.

Igualmente censura que se haya negado valor probatorio al testimonio de Fernando Rico Henao, quien dice que la Rodríguez le solicitó hiciera un memorial para referir ante el funcionario de instrucción la verdad de lo acontecido con Segura.

Motiva también las críticas del actor de no haberse tenido como indicio de responsabilidad por parte de Segura ser éste propietario de una droguería en Sogamoso, a la cual se le enviaron drogas subfacturadas y agente vendedor del Depósito de Drogas Colombia en los Llanos Orientales, donde también se efectuaron operaciones fraudulentas.

Por último señala como también desestimadas las pruebas consistentes en la dudosa (así llama) venta que hiciera el procesado de sus derechos en la droguería de Sogamoso y la del dicho del denunciante, cuyas aseveraciones cuenta, según la

demanda, con apoyo en las demás pruebas del proceso.

Pide, en consecuencia, que se case parcialmente el fallo recurrido y que se condene a Segura Cruz a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil emanada del delito.

Respuesta de la Procuraduría

Observa, en primer término, el Ministerio Público que no se hizo un estudio contable de la documentación aportada por el denunciante ni se determinó la conducta de cada uno de los procesados en relación con las facturas alteradas. A este respecto sólo se cuenta con un dictamen en fotocopia que ni siquiera fue puesto en conocimiento de las partes.

En consecuencia, no se determinó en concreto la participación de los dueños de las droguerías beneficiadas con el fraude, excepción de tres de ellos, que fueron sobreseídos temporalmente.

No acepta la Procuraduría que Segura Cruz tuviera parte en la alteración de las facturas y sostiene que fue ajeno a las defraudaciones que favorecieron a la Droguería Vanessa y a la Distribuidora Veterinaria de Bogotá.

Por lo que hace a las que beneficiaron a la Droguería Llanera de Puerto Rendón observa que se presumió la participación de Segura por el hecho de ser vendedor de la empresa en dicha zona, pero que no se adujeron elementos de juicio que demostraran tal cosa y que Luis A. Jiménez, propietario de dicho establecimiento, fue sobreseído temporalmente.

En cuanto a la acusación que se basa en haber sido dicho procesado copropietario de la droguería San Martín en Sogamoso hace ver el Procurador que en las facturas aportadas por el denunciante si bien aparecen sumas erradas no hay constancia de que se reclamara a Segura el valor de lo faltante como ocurrió respecto de otros dueños de droguerías.

Replica la crítica que el actor hace sobre la omisión de considerar los indicios, que estos sí fueron tenidos en cuenta por el fallador, pero desechados por insuficientes para sustentar una condena y de paso rechaza que sea indicio de responsabilidad la venta que Segura hiciera de los derechos en la droguería de Sogamoso.

Apunta que la declaración de Libardo Nieto sólo contiene el relato de una frustrada entrevista entre éste y Segura y que la de Fernando Rico es sólo una declaración de referencia.

Por último destaca que fuera de los propietarios del depósito nadie más señala a Segura Cruz como autor del delito de falsedad, pues los dueños de las otras droguerías no se refieren para nada a dicho procesado, lo que desvirtúa la acusación que el denunciante hace de que aquél fue quien enseñó los sistemas para defraudar a las empresas.

Consideraciones de la Corte

Las censuras que el actor hace a la sentencia versan, como ya se dejó expresado, en haber cometido el sentenciador, según aquél, errores de hecho en la apreciación de las pruebas consistentes en negar el valor probatorio que para demostrar la responsabilidad de Samuel Segura Cruz tenían muchas de ellas y en dejar de considerar otras.

Y puesto que se alega la causal primera de casación en el aspecto que contempla la violación indirecta de la ley, sería preciso para que prosperara la solicitud del demandante, demostrar que tales errores aparecen de manifiesto en los autos y que inciden sobre lo fundamental de la sentencia absolutoria con que se favoreció a Segura.

Las pruebas que menciona el actor como indebidamente interpretadas consisten en indagatorias unas y en testimonios otras.

Entre aquéllas está, en primer término, la que contiene la acusación que Alcira Rodríguez hiciera a Segura ante el Jefe de la Unidad Central de la Policía Judicial de Bogotá.

Empero de los cargos allí formulados contra éste se retractó la Rodríguez en una de sus intervenciones. O sea que el juzgador podía escoger entre ambas versiones la que considerara más digna de fe y si eligió la última no puede criticársele de haber cometido error manifiesto, puesto que sólo después de detenido análisis, que aparece en la sentencia, llegó a la conclusión de que la primera no ofrecía fundamento suficiente para condenar a dicho procesado.

Las referencias a los testimonios del capitán Junco y de Fernando Rico no tienen valor infirmatorio de esa conclusión, puesto que dichos declarantes se limitan a reproducir lo que les dijera Alcira Rodríguez. Y en cuanto a Libardo Nieto Velandia aparece de autos que si bien concertó, por indicación de la Rodríguez, una cita con Segura, no llegó a tratar con él de ninguna manera.

Por lo que hace a las pruebas que según el actor no fueron consideradas por el Tribunal, cita,

lo que él llama indicios de responsabilidad consistentes en ser dueño de una droguería, agente vendedor en una determinada zona del país, y haber vendido sus derechos en la primera.

El último de esos hechos no constituye, en verdad, indicio de ninguna clase.

Y en cuanto a los otros dos, su poder de inculpación descansa por completo en el dicho de la Rodríguez, puesto que ésta era quien hacía las facturas falsas y las pasaba a contabilidad recibiendo la diferencia. Y negó que de las ganancias tuviera parte Segura.

No se sabe si de esta última correspondía algo a los dueños de las droguerías. El único a quien se pudo demostrar que había tenido participación en el provento del fraude fue Alberto Devia. Los demás negaron todo conocimiento de la defraudación y fueron sobreseidos temporalmente y Segura absuelto.

O sea que contra éste sólo existen referencias cuya fuente, como ya se señaló, fue la propia Alcira Rodríguez quien no sólo negó la acusación que le hiciera ante la Policía Judicial, sino que dijo haber sido presionada para hacerla.

En síntesis, no aparece de autos la plena prueba de la culpabilidad de Samuel Segura Cruz, y por lo tanto, tampoco puede decirse que se ha incurrido en la sentencia en error manifiesto al apreciar las pruebas en que se fundó la absolución.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

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,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 18, marzo 6 de 1978.

Bogotá, marzo 6 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luis Eduardo Bustos Facundo contra la sentencia de 10 de diciembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva mediante la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Superior de Garzón, le condenó a la pena principal de 15 años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio agravado en Marco Tulio Campos Chaux.

Hechos y actuación procesal

Los primeros, en la providencia impugnada, fueron presentados de la siguiente manera:

"Refiere el expediente que en la vereda Santa Marta, jurisdicción municipal de Garzón, tiene el señor Luis Alberto Morales y su esposa Elvira Ibáñez de Morales una casa de habitación ubicada a borde de carretera donde expenden comestibles y bebidas embriagantes. El 9 de noviembre de 1975 llegó a este lugar Marco Tulio Campos Chaux dedicándose a consumir algunas sustancias alcohólicas que al entrar la noche ya lo habían dominado produciéndole un profundo sueño que lo llevó a recostarse en un butaco del corredor de la casa, lado externo, y cuando los moradores se recogieron a dormir no pudieron entrarlo debido a su peso y el estado alcohólico. En este lugar se encontraban cuando, aproximadamente a las 10 de la noche los dueños de casa, esposos Morales Ibáñez fueron sorprendidos por algunos ruidos extraños y al mirar por los orificios de la puerta y entre-abrirla, constataron que Luis Eduardo Bustos Facundo, persona bien conocida por ellos, agotaba la existencia de Campos Chaux a golpes de machete que en número de 19 acabaron con la vida de éste, por lo que pusieron el hecho en conocimiento de la autoridad iniciándose esta investigación".

Teniendo en cuenta las diligencias previas por él mismo practicadas, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal, con sede en Garzón, dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (folio 20). Se recepcionaron numerosas pruebas; se oyó en indagatoria a Germán y Delfín Ceballos y Laureano y Eduardo Bustos Facundo. Por auto de 18 de noviembre de 1975 se decretó la detención preventiva de todos los indagados "como sindicados de los delitos de homicidio y robo" (folios 56 y siguientes), habiéndose negado la revocatoria de tal medida, en cuanto a los Ceballos que la habían impetrado (folios 94 y siguientes). Enviadas las diligencias al juez competente, éste, por auto de 2 de enero de 1976, la declaró cerrada (folio 110). El 25 de febrero siguiente se calificó el mérito del sumario en el sentido de llamar a responder en juicio a Luis Eduardo Bustos Facundo por el delito de homicidio en Marco Tulio Campo Chaux y de sobreseer temporalmente en favor de Laureano Bustos Facundo, Germán Ceballos Barrera y Delfín Ceballos Correa, ordenándose la correspondiente reapertura de la investigación, para éstos (folios 122 y siguientes). Es de advertir que dentro de esta pieza se precisó que en la consumación del homicidio se presentaron las circunstancias contempladas en el ordinal 6º del artículo 362 del Código Penal, por lo cual se está frente a uno

agravado. Abierto el juicio a pruebas (folio 152), se practicaron algunas solicitadas, dentro de ellas la ampliación de las indagatorias de todos los que habían sido sindicados (folios 160 y siguientes). Cumplidos los requisitos legales, se celebró la correspondiente audiencia pública, dentro de la cual también se recepcionaron las pruebas que había solicitado el defensor (folios 204 y siguientes). "Sí es responsable", fue la respuesta unánime del jurado al cuestionario que le fue propuesto (folio 212).

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, reseñadas en los vistos de la presente, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Tres cargos se formulan en ella contra la sentencia impugnada: los dos primeros al amparo de la causal cuarta y el último a la sombra de la tercera, los cuales se estudiarán en el orden en que vienen presentados.

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal —Encargado—, mediante argumentaciones a las cuales se hará debida referencia, solicita se deseche el recurso.

Causal cuarta. Primer cargo: La sentencia se dictó sobre un juicio viciado de nulidad supralegal por inobservancia de las formas propias del juicio.

Para sustentarlo expone: el sentenciado Bustos Facundo no gozó del derecho de defensa, pues no basta tener nominalmente un defensor, sino que éste tiene deberes que cumplir (Código de Procedimiento Penal, artículo 117). Para destacar lo anterior, transcribe un párrafo del antiguo apoderado en el que dice que se busque para defenderlo un profesional versado en derecho penal, ojalá orador. La rápida tramitación que se dio al proceso, precipitó el cierre de la investigación, con menoscabo del derecho de defensa. Por tanto, "se desconocieron preciosas garantías de la ley adjetiva en beneficio del sindicado de autos tales los artículos 383, 395, 396 que no queda al arbitrio del funcionario desconocerlos o no".

Se responde

A través del expediente no se ve en qué forma pudieron ser desconocidos los derechos de defensa que asistían a Bustos Facundo y menos la concreta violación de los artículos 383, 395 y 396 del estatuto procesal penal referentes, en su orden, a la ampliación de indagatoria que oficiosamente puede decretar el funcionario instructor, a las ampliaciones de ella que puede solicitar el sindicado y a la explicación del móvil de las contradicciones o retractaciones en que éste pudo haber incurrido.

Con relación a lo primero debe anotarse que, cuando según escrito que aparece entre los folios bajo los números 110 y 111, Eduardo Bustos solicitó ampliación de indagatoria, ya se había cerrado la investigación por auto de 2 de enero de 1976 (folio 110), contra el cual no se interpuso ningún recurso. En la etapa probatoria del juicio el procesado en memorial dirigido al juez de la causa, da una nueva versión de los hechos y solicita la práctica de pruebas (folios 154 y siguientes). El juez accedió a decretar algunas de las pedidas y oficiosamente dispuso otras, entre ellas el oír en ampliación de indagatoria al prenombrado Bustos. Lo anterior, se cumplió. De manera que no se ve por parte alguna que hubieran sido desconocidos los derechos que amparan la defensa de los sindicados. Finalmente, en el curso de la audiencia pública y a petición del abogado defensor, quien es el mismo que ahora representa al sentenciado en la sustentación del recurso extraordinario de casación, se practicaron pruebas por él solicitadas y, además, él intervino largamente para concluir pidiendo a los jurados una de estas respuestas que presentó por escrito:

"1º No (rotunda y simplemente).

"'2º No porque tenemos muchas dudas fundadas respecto al verdadero autor del crimen'.

"'3º Esta ya sería una tesis salomónica'. 'Sí es responsable de homicidio voluntario en complicidad correlativa'" (folios 207 y siguientes). De ahí que con toda razón pueda decir el Ministerio Público al finalizar la consideración de este cargo: "Resulta entonces, por lo menos paradójico que el defensor impugne la sentencia, precisamente 'por falta de defensa' de la persona que se comprometió a defender frente a los cargos imputados".

En consecuencia, este ataque no prospera.

Segundo cargo. Su enunciado consiste en que la sentencia se dictó en un juicio viciado por la nulidad consagrada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por error en la denominación jurídica de la infracción.

En orden a demostrarlo transcribe el artículo acabado de citar y luego el aparte del auto de proceder, en donde se dedujo la circunstancia

agravante del homicidio del ordinal 6º del artículo 362 del Código Penal. Transcribe un aparte de la declaración de Elvira Ibáñez de Morales y cita también la de su esposo Luis Alberto Morales, para formular comentarios de acuerdo con los cuales no se está frente a la agravante indicada, para concluir que en vez de ella, en el auto de proceder era viable invocar la causal 7ª. Y concluye de la siguiente manera este capítulo de su impugnación: "Si existiendo la *sevicia* en este proceso penal mediante prueba irrefutable no fue incluida en el pliego de cargos se generó una *nulidad,* por cuanto no queda al arbitrio del fallador aceptarla o no. A virtud de hipótesis que estuviera demostrada *la inferioridad personal* —causal 6ª— no había impedimento alguno para hacer caso omiso de la sevicia o causal 7ª".

Se responde

El Ministerio Público al contestar este cargo, expone:

"El auto de proceder dictado en esta causa reúne a cabalidad los requisitos formales señalados en el artículo 483 del Estatuto Procesal Penal. La parte motiva contiene la calificación genérica *de* homicidio *con la circunstancia específica de haber sido cometido aprovechando las condiciones de inferioridad personal de la víctima y la resolutiva, el llamamiento a juicio por el mismo delito habida cuenta de la denominación dada a éste en el respectivo capítulo del Código Penal.*

"El error en la denominación jurídica de la infracción se refiere al nomen juris *señalado en la parte resolutiva y no en la motiva del vocatorio a juicio y se presenta como lo ha dicho la Corte 'cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde'.*

"Dicho error se relaciona con el género de delito y no con su especie y no se da cuando la equivocación del juzgador se contrae a las circunstancias determinantes, modificadoras o eximentes de la responsabilidad.

"En nuestro derecho positivo no existe el 'asesinato' como delito autónomo, sino el de 'homicidio', conforme a la denominación que le da el Código Penal en el Capítulo Primero, Título XV, Libro Segundo.

"En el presente caso, no existe nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, toda vez que los hechos imputados al procesado y por los cuales fue llamado a responder en juicio se les dio el nombre que corresponde a la conducta descrita en el respectivo capítulo del Código Penal".

A las anteriores consideraciones que la Sala considera acertadas, nada hay que agregar para concluir que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Causal primera. Cargo único. Lo hace consistir en que "el Juzgado Primero Superior de Garzón al acoger sin beneficio de inventario los testimonios de Luis Alberto Morales y Elvira Ibáñez de Morales, como fundamento del auto de proceder, apreció erróneamente estos testimonios y al darles un valor del cual carecen jurídicamente generó la causal primera de casación, inciso segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Para sustentarla principia por afirmar que "la acusación contra Luis Eduardo Bustos Facundo que sustenta el auto de proceder y posterior sentencia condenatoria se origina *única* y *exclusivamente* en el testimonio de la señora Elvira Ibáñez, esposa precisamente de Luis Alberto Morales, dueño de la fonda y quien a la postre fue incriminado de manera contundente por mi defendido Bustos Facundo". Luego entra a señalar contradicciones y reticencias en tales declaraciones para demostrar que no merecen credibilidad, a fin de concluir que su defendido es inocente, víctima de infame sindicación.

Se responde

Bien estudiada la pretendida demostración de este cargo se llega a la conclusión de que lo que el actor intenta no es otra cosa que reabrir el debate probatorio, pues a ello se encamina la argumentación que presenta al sustentar el recurso, argumentación que corresponde a la que expuso ante el Tribunal popular (Cfr. folios 217 vuelto y siguiente) y que éste no aceptó al emitir unánimemente como veredicto, el siguiente: "Sí es responsable" (folio 212).

Esa reapertura del debate "no puede aceptarse porque como lo tiene enseñado esta Corporación '... no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y

de 6 de octubre de 1971, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través de recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del Código de Procedimiento Penal)'' (a más de las citadas y, entre otras, casaciones de 8-V/70, 24-II/72, 19-VIII/72, 14-VIII y 13-IX/73 y 10-VII/75).

En consecuencia este cargo tampoco puede prosperar.

Por haberse llegado a las conclusiones indicadas con relación a las causales propuestas y a cada uno de los cargos, habrá de desecharse el recurso, como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1976, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

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

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.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

ENTREGA Y DEVOLUCION DE VEHICULOS Y DEMAS MEDIOS DE TRANSPORTE DECOMISADOS, CONFORME AL DECRETO 1188 DE 1974

A quién corresponde la carga de la prueba, de la suma diligencia y cuidado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23473.

Aprobado: Acta número 19.

Bogotá, D. E., marzo 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público y por los procesados Jorge Enrique Pérez Ibarra y Omar Perdomo Pérez, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del 1º de octubre de 1976, mediante la cual confirmó y reformó la del Comandante de la Tercera Brigada de aquella capital, y que impuso a los citados individuos la pena de nueve años de presidio, las accesorías de rigor, multas de cien mil pesos para cada uno de ellos como infractores del Decreto 1188 de 1974 y ordenó la entrega de la aeronave marca Cessna, modelo T-210 K, serie 2105-59490, matrícula HK-1308-P, a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez.

Hechos

Los transcribe el Tribunal sentenciador en los siguientes términos:

"... El día 22 de noviembre de 1975, una avioneta Cessna, de matrícula HK-1308, monomotor, modelo T-210 K fue observada cuando realizó un aterrizaje que por sus características determinó era de emergencia, hecho que ocurría en las primeras horas de la noche de dicha fecha en las proximidades a las instalaciones de aeroclub sobre el Aeropuerto Internacional de Palmaseca; tal aeronave fue propiamente abandonada por sus tripulantes, no sin antes haber bajado de la misma y ocultado dentro de la maleza cercana determinada cantidad de cajas que transportaban en la referida avioneta las personas que la conducían; la actitud de éstas despertó la sospecha de quienes habían estado pendientes de la emergencia y al informarse las autoridades llegaron hasta el lugar en donde se encontraba la aeronave y al efectuar las primeras diligencias averiguatorias pudieron constatar que el cargamento que ocupaba el vehículo momentos antes, estaba constituido por once bultos de fique y una caja de cartón que al ser examinados se estableció que su contenido era un polvo blanco, al parecer cocaína, sospecha ésta que vino a tener confirmación al someterse tal sustancia a posterior análisis de comprobación, arrojando resultados positivos. Desatada la necesaria actividad para obtener la identificación y localización de dos individuos que ocupaban la aeronave al momento de su aterrizaje forzoso y que aparentemente la habían abandonado, se obtuvo primero la captura de Jorge Enrique Pérez Ibarra el mismo 22 de noviembre y posteriormente, en las horas de la mañana del día 23 la de Omar Perdomo Pérez, labor que no fue difícil, puesto que respecto a aquél el hecho de haber dejado sus documentos de identificación olvidados dentro de la aeronave contribuyó eficazmente a ello y las circunstancias especiales del comportamiento en uno y otro, como más adelante se verá dieron suficientes bases y señales para su aprehensión. El peso total de los once bultos y la caja, dentro de los cuales venía la sustancia empacada en bolsas de polietileno, superó los cuatrocientos diecinueve kilogramos. Dentro de la avioneta se hallaron residuos de la cocaína incautada ...".

Actuación procesal

Con base en el informe de la Policía Judicial, rendido al Comandante de la Tercera Brigada de Cali, fue designado el Auditor Auxiliar Noveno de Guerra como funcionario de instrucción "... para que inicie y adelante la investigación ...". El citado funcionario profirió auto cabeza de proceso el 25 de noviembre de 1975, adelantó la averiguación, decretó la detención preventiva de Jorge Enrique Pérez Ibarra y Omar Perdomo Pérez, retuvo la avioneta y puso el asunto en estado de sentencia.

El 5 de enero de 1976 el Comandante de la Tercera Brigada, como juez de primera instancia, dictó el fallo correspondiente, condenó a los procesados aludidos y ordenó el decomiso de la aeronave.

El Tribunal de Cali que conoció en segunda instancia, por vía del recurso de apelación, confirmó el 1º de octubre de 1976 la sentencia del Comandante de la Tercera Brigada con las reformas en ella consignadas y de que se ha hecho mérito anteriormente. Este pronunciamiento fue recurrido en casación por el Fiscal Tercero del Tribunal y por los procesados, impugnación sustentada en debida forma.

Demanda del Ministerio Público

El Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali sustentó el recurso extraordinario mediante la correspondiente demanda de casación que fue coadyuvada en su totalidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal con fundamento en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia de violar la ley penal sustancial por falta de aplicación del inciso primero del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974 y aplicación indebida del inciso segundo del mismo estatuto; quebranto proveniente de errores de hecho y de derecho manifiestos en autos, que condujeron al fallador a ordenar la devolución de la aeronave en la que se transportaba la cocaína a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez, titular de su matrícula.

Puntualiza la impugnación en los tres cargos siguientes:

1. Sostiene que en el proceso se encuentra probado "... el conocimiento que tenía la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez de la actividad ilícita a que se dedicaba la aeronave ...".

Intenta demostrar esa afirmación con el testimonio de Gustavo Herrera Vargas, despachador de la empresa SAM en el aeropuerto de Palmaseca, quien da fe que el piloto de la avioneta, Jorge Enrique Pérez Ibarra le pidió prestado el teléfono para llamar urgentemente a Medellín y que establecida la comunicación le oyó hablar con una señora a la que le decía "... Ñata váyase para Panamá ..." y le expresaba "que estaba en Cali y que todo estaba acabado"; con las exposiciones del acusado, quien acepta que Andrina Magdalena es su esposa por matrimonio civil, que legalmente la avioneta es de propiedad de ella y que el día a que se refiere Gustavo Herrera Vargas, su intención era informar a su casa que se encontraba bien; finalmente, las comunicaciones de la Aeronáutica Civil y del aeropuerto de Guaimaral, demostrativas de la farsa que urdió el procesado al aducir un vuelo desde la zona de Nare, que no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador.

De todo lo anterior, concluye: "... de este primer cargo se infiere que el acusado Jorge Enrique Pérez obtuvo comunicación con su esposa en Medellín y le ordenó trasladarse a Panamá en vista del fracaso que había sufrido. Realmente la señora se trasladó a Panamá, es oriunda de este país, y en la ciudad de Colón otorgó el poder del folio 304. Estos hechos respaldados en pruebas testimonial y documental y confirmados por el acusado fueron ignorados por el juzgador de instancia. Este desconocimiento constituye error de hecho manifiesto en los autos e infringe de manera indirecta el artículo 52 del Decreto 1188 de 1974, en su primera parte por falta de aplicación, ya que se imponía el decomiso de la avioneta por servir de medio de transporte de la cocaína ...".

2. Apunta que el Tribunal apoya su determinación de entregar la aeronave a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez por considerar que es su propietaria, no habiéndose demostrado plenamente esa calidad conforme a la ley.

Para acreditar esa tacha advierte que el fallador basó su orden en el certificado de la Sección de Registro del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, lo que de por sí no era suficiente, pues no exigió la presentación de la escritura de compra de la avioneta; y en la indagatoria del acusado en donde éste afirma que la Lee de Pérez, su esposa, es legalmente la propietaria. Situaciones imposibles de aceptar,

porque la ley requiere que una aeronave dedicada al servicio comercial pertenezca de manera efectiva a personas naturales o jurídicas colombianas, lo que no ocurre en el caso concreto, ya que la citada señora es de nacionalidad panameña.

En consecuencia, concluye: "... con infracción del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, por otorgar al contenido de un documento público un valor probatorio que no le corresponde, se infringieron de manera indirecta por falta de aplicación a los artículos 1795 y 1426 y concordantes del Código de Comercio, al tener como propietaria a la señora Andrina Lee de Pérez de la aeronave HK-1308 P., cuando la ley colombiana lo prohíbe ...".

3. Señala que el juzgador dispuso la entrega de la avioneta a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez sin que ésta hubiera demostrado a plenitud "... que no obstante su cuidado y diligencia no pudo conocer el destino ilícito dado a su vehículo ...".

Después de analizar la norma pertinente y de citar jurisprudencia de la Corte al respecto, precisa: "... En definitiva, por evidente error de hecho, ausencia de prueba, la sentencia impugnada violó la última parte del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974 por aplicación indebida, al disponer la entrega de la avioneta HK-1308-P, a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez, por no estar legalmente acreditada la propiedad de la aeronave y porque ella no demostró la suma diligencia y cuidado a que se refiere la norma citada ...".

Termina la demanda solicitando que se case parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de ordenar el decomiso de la avioneta para que sea destinada al servicio oficial.

Demandas de los procesados

Los procesados Jorge Enrique Pérez Ibarra y Omar Perdomo Pérez presentaron, por conducto de un mismo apoderado, sendas demandas para sustentar el recurso extraordinario de casación por ellos interpuesto.

Ambos recurrentes acusan la sentencia con fundamento en las causales primera, cuerpo segundo, y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Aquella por violación de la ley sustancial al aplicar indebidamente el precepto que sanciona el tráfico de estupefacientes, o sea, el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, a causa de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas; y esta por haber dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad, de conformidad con el artículo 215 de la Constitución Nacional y numerales 1º de los artículos 441 y 210 del Código de Justicia Penal Militar y del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Coinciden los dos libelos en proponer el mismo motivo de nulidad consistente en que si bien la investigación se ciñó a las previsiones del ordinal f) del artículo 357 y concordantes del Código de Justicia Penal Militar, dicha norma es totalmente contraria a la constitución, porque según ésta los únicos funcionarios que administran justicia en Colombia son los señalados en su artículo 58, o sea, la Corte Suprema, los Tribunales Superiores y demás Tribunales y juzgados que establezca la ley y no los auditores de Guerra a que se refiere el Código castrense. De acuerdo con el artículo 215 de la Carta debe entonces aplicarse la excepción de inconstitucionalidad y declararse la incompetencia del juez, en este caso concreto.

Con relación a la causal primera, cuerpo segundo, cada demanda tiene las siguientes particularidades:

1. En la de Jorge Enrique Pérez Ibarra.

Primer cargo. El hallazgo de residuos de cocaína en el piso de la aeronave. El recurrente pretende que este hecho no lo puede incriminar como lo estimó el fallador, pues cuando se efectuó la inspección judicial, ya varias personas, que estuvieron examinando los bultos del estupefaciente, habían penetrado a la avioneta, es decir, que éstas pudieron llevar en sus zapatos esos residuos. Situación que deduce del testimonio del Subteniente Luis Eduardo Sepúlveda García, quien dijo: "Entré yo, el Teniente Giral, el Agente León Lasprilla y no recuerdo quién más ...".

Y, termina expresando el demandante: " ... Pierde, por tanto, la calidad de indicio este hecho, y al tomarlo como tal, es una suposición de prueba, lo cual constituye un manifiesto yerro en la estimación de la segunda prueba ...".

Segundo cargo. La humedad en los pantalones del Capitán Pérez. Afirma el censor que este hecho fue tomado como indicador de que el procesado estuvo llevando los bultos de cocaína a los matorrales donde fueron hallados. Que olvidó el sentenciador que esa circunstancia parte de la base falsa de que sólo existían charcos en ese sitio.

Y, concluye que "... cuando de un hecho se desprenden dos o más consecuencias igualmente

atendibles, no se tiene indicio, como verdadera prueba, pues para nada sirve. Y tomar, en consecuencia, el hecho en estudio como indicio de responsabilidad, es suposición de prueba ...".

Tercer cargo. Falsedad de algunas declaraciones. Se refiere el actor a los testimonios de quienes dicen haber visto que varias personas bajaban cajas de la nave accidentada, cuyas deponencias asevera mentirosas, pues en la avioneta no iba sino el Capitán Pérez.

Y, precisa, sin nombrar siquiera a los testigos que la estimación de sus dichos "... como prueba es errada, puesto que se trata de informaciones claramente contrarias a la verdad ...".

Cuarto cargo. Falta de estimación de pruebas. Señala que la nave inmediatamente después de aterrizar, fue remolcada a un lugar distante, trescientos metros de donde fue hallada la droga y, sin embargo, este hecho no fue tomado como contraindicio de inocencia del Capitán Pérez.

La comprobación de que Omar Perdomo no viajaba en la aeronave fue desechada, a pesar de toda la prueba que así lo indicaba.

Al efecto, termina: "... La falta de apreciación de estos elementos de juicio que conducen a la comprobación de la inocencia del recurrente, Capitán Pérez, contribuyó a que se diera indebida aplicación a la norma que define y sanciona el tráfico de estupefacientes, ya citada ...".

2. En la de Omar Perdomo Pérez.

Primer cargo. Falta de apreciación de lo declarado por el Capitán Jorge Enrique Pérez Ibarra, quien es enfático en afirmar que la nave venía piloteada por él "... y que nadie lo acompañaba en ese vuelo ...".

Advierte el demandante que se desconoció esa aseveración porque el testigo Rodrigo Herrera Solano, hablando de mera referencia, dijo que dos niños de apellido Bernal le informaron que de la nave habían bajado dos personas, pero que consultada la fuente, los tales menores no vieron nada por la distancia, y su propio padre manifiesta que si sus hijos hicieron tal comentario fue producto de su imaginación.

Por tanto: "... Al dejar de apreciar el Tribunal esta declaración del Capitán Pérez Ibarra, incurrió en yerro manifiesto de hecho, en la falta de declaración de inocencia del señor Perdomo Pérez ...".

Segundo cargo. Suposición de prueba indiciaria, en el hecho de que el señor Omar Perdomo Pérez tuviera los pantalones embarrados, de lo cual deduce el sentenciador que ayudó a esconder en los matorrales aledaños la cocaína, "... Semejante raciocinio hace suponer que solamente había humedad y barro en el lugar donde fue hallado el estupefaciente, lo que resulta absolutamente deleznable ...".

Agrega que de tal circunstancia no se desprende necesariamente "... ni siquiera como probabilidad, el que solamente por haber acudido Perdomo Pérez al lugar donde fue hallado el estupefaciente, se humedecieron y embarraron sus pantalones ...". Que como no se tiene esa prueba, el fallador la supuso, por modo tal, que cayó en error manifiesto de hecho.

Tercer cargo. Rechazo de las explicaciones dadas por Perdomo Pérez al hecho anterior, sin razón alguna "... porque sí, y nada más ...".

"... esta manera de crear un indicio es suponer pruebas, lo cual, como lo ha dicho la Corte en sentencia reciente, es caer en error manifiesto de hecho ...".

Por último, en las dos demandas solicitan los procesados que en el evento de que no sea declarada la nulidad en ellas planteada, se case la sentencia para en su lugar dictar la que corresponde, esto es, para absolver.

La Corte considera

Por contener las demandas de los procesados recurrentes un cargo común de nulidad con base en la causal cuarta de casación, estima la Corte que primero debe hacer el estudio de ellas, en aplicación del principio de prioridad, para, posteriormente, en caso de que ninguna prospere, analizar la del Ministerio Público.

En este orden de ideas se tiene:

A. *Demandas de los procesados.*

1. *Causal cuarta.* Al abrigo de esta causal formulan el cargo de nulidad del proceso, haciéndolo consistir en que el ordinal f) del artículo 357 del Código de Justicia Penal Militar, que otorga a los Auditores de Guerra la calidad de funcionarios de instrucción cuando, para casos especiales, los "... designe el Ministro de Guerra, o el respectivo Juez de Primera Instancia ...", es norma contraria la Constitución Nacional que en su artículo 58 señala a quienes administran justicia en Colombia, disposición en la que no se mencionan los Auditores de Guerra, lo que conduce a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, para concluir, por este mo-

do, en que no se observó el debido proceso, por incompetencia del juez, de conformidad con los artículos 441 y 210 del Código de Justicia Penal Militar y del Código de Procedimiento Penal, en su orden.

La pretendida nulidad se edifica sobre una inexplicable confusión de conceptos, como pasa a demostrarse:

Es forzoso distinguir la jurisdicción ordinaria de la castrense. En efecto, el artículo 58 de la Carta crea la jurisdicción ordinaria y sitúa sus organismos de justicia dentro de la rama jurisdiccional, mientras que el artículo 170 crea la jurisdicción militar y ubica sus organismos de justicia dentro de la Rama Ejecutiva. Ambas jurisdicciones tienen origen en la Constitución y sus tribunales y jueces están instituidos por ella.

Entonces, no es posible hallar contradicción entre una norma legal y la constitución, si aquella se fundamenta en esta de manera específica y concreta. Es lo que sucede en el caso planteado, pues el literal f) del artículo 357 del Código de Justicia Penal Militar, no puede oponerse al artículo 58 de la Constitución, porque tiene su razón en otra disposición de la misma Carta Fundamental. Se trata de su artículo 170, precepto que autoriza a la jurisdicción castrense para proceder conforme al Código de la materia, y este estatuto, precisamente, es el que, para casos especiales, permite en el artículo dubitado que los Auditores de Guerra, funcionarios administrativos, adquieran la calidad de funcionarios de instrucción penal militar y, por ende, puedan así administrar justicia dentro del ámbito de esa jurisdicción, por comisión del Ministro de Guerra (hoy de Defensa) o del respectivo Juez Militar de primera instancia.

Si esto es evidente, la norma que se tacha de contraria a la Constitución, resulta acorde con ella, circunstancia que impide dar curso a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta, porque, en dicho evento, no se estaría proponiendo la incompatibilidad de la ley con la Constitución, sino de esta consigo misma, lo que sería absurdo al amparo de este instituto.

En el asunto que se examina, el Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali, como Juez de Primera Instancia, comisionó al Auditor Auxiliar Noveno de Guerra para que iniciara y adelantara la investigación. Tal proceder no entraña nulidad.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2. *Causal primera.* Con base en esta causal, cuerpo segundo, acusan la sentencia de violar de manera indirecta la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación del material probatorio.

En esta parte, las dos demandas adolecen de ineptitud sustancial en la formulación de los motivos que aducen, situación que impide un pronunciamiento de fondo sobre cualquiera de ellos.

Basta observar que en ninguno de los cargos indican la norma reguladora de la prueba impugnada, precisión indispensable para demostrar la violación medio y para integrar la proposición jurídica completa.

En la mayoría de los cargos se reduce la prueba al indicio para negarle esta calidad jurídica y para discutir al mismo tiempo su contenido material, esto es, que los recurrentes confunden el error de hecho con el de derecho, creando contradicciones e incertidumbres que la Corte, de su propio motivo, no puede despejar.

Cuando atacan algunos testimonios, omiten el nombre de los declarantes y no dan a conocer el contexto en que apoyan el disentimiento, para luego efectuar su análisis. De esta suerte dejan trunco el argumento y sin demostración la tacha.

Pero, lo que más enerva los reproches que proponen, es referir los errores de hecho a una hipotética suposición de pruebas, con base en el significado que ellos mismos le atribuyen para oponerlo al entendimiento objetivo que les dio el juez. Esto no es suposición de pruebas sino interpretación caprichosa contraria al juzgador. Desatino en el razonamiento de los demandantes que por fuerza de la lógica, vuelve inocua la totalidad de la censura.

Estas fallas de fondo conducen a despachar negativamente las pretensiones encuadradas por el apoderado de los procesados en la causal primera de casación.

Por tanto, los cargos no prosperan.

B. *Demanda del Ministerio Público.*

El Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Cali, coadyuvado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, invoca en su demanda la causal primera de casación, cuerpo segundo, al considerar que el sentenciador de instancia violó en forma indirecta la ley penal sustancial por falta de aplicación del inciso primero del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974 y aplicación indebida

de su inciso final, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho que lo determinaron a decretar la entrega a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez de la aeronave marca Cessna, modelo T-210 K, número de serie 2105-59490 y distinguida con la matrícula HK-1308-P, en la que se transportaba la cocaína incautada.

Por consiguiente, para solicitar el decomiso de esa avioneta, emplaza a la Corte a casar parcialmente la sentencia a través de tres cargos, basados en las siguientes afirmaciones:

Que la señora de Pérez tenía pleno conocimiento del empleo que su esposo le estaba dando a la nave; conocimiento que deriva de la declaración de Gustavo Herrera Vargas y de la indagatoria de Jorge Enrique Pérez Ibarra, elementos de juicio que ignoró el Tribunal. Que no se demostró plenamente que la señora fuera propietaria de la avioneta; pues, era menester que se hubiera allegado a los autos la escritura pública mediante la cual la adquirió y que, sin embargo, al fallador le bastó el certificado de registro del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Que en el proceso no se acreditó que ella observaba suma diligencia y cuidado con la nave, a pesar de lo cual no pudo conocer el destino ilícito de que era objeto; conducta que jamás cumplió como lo confirmó el acusado con su llamada telefónica, el día del percance, circunstancia que no consideró la sentencia.

No cabe duda que los dos primeros cargos presentados como provenientes de error de hecho y de derecho, respectivamente, no son manifiestos *per se*, es decir, no tienen probatoriamente la entidad que les asigna el Ministerio Público. En realidad, el procesado no admitió que la llamada telefónica tuviera por finalidad reportar a su esposa el fracaso de la operación ilícita, y el sólo dicho del testigo Herrera Vargas sobre este punto es exagerado; en cuanto al título de propiedad de la nave, si bien es incompleto, la libertad de prueba que informa el proceso penal lo consolida con otros elementos de convicción que no fueron advertidos por el Tribunal.

En cuanto al último cargo es preciso reconocer que tiene razón el Fiscal.

El fallador de segunda instancia creyó que debía ordenar la entrega de la avioneta a la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez, su propietaria, con este argumento:

"... Como no se ha probado que dicha señora hubiera conocido el destino ilícito que se daba a su aeronave, cuestión que no se investigó en el proceso, es entonces del caso dar cumplimiento a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974, para lo cual se ordenará la entrega de dicha nave a su propietaria, la cual se hará cuando contra esta providencia no proceda recurso alguno ...".

El inciso del artículo citado por el Tribunal, dispone:

"...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 ...".

Según esta norma la carga de la prueba corresponde al tercero y no al Estado. Y, según ella, debe acreditar que no pudo conocer "... a pesar de la suma diligencia y cuidado ..." observados, el destino de los vehículos y demás medios de transporte de su propiedad, utilizados en el delito.

Esto significa que el Tribunal al exigir del Estado la prueba de que la dueña de la aeronave conocía su destino ilícito, dio por existente la prueba que demostraba todo lo contrario, o sea, su ningún conocimiento del asunto a pesar de la suma diligencia y cuidado en el manejo de sus bienes, y cayó, por modo inexcusable, en un evidente error de hecho, por suposición de pruebas, que lo llevó a dar aplicación indebida al último inciso del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974, lo que constituye violación indirecta de la ley sustancial.

Este cargo prospera.

En tal virtud, como la señora Andrina Magdalena Lee de Pérez no demostró que a pesar de la suma diligencia y cuidado por ella puestos, desconocía el destino ilícito que se le dio a la avioneta de su propiedad, la Corte decretará su decomiso de acuerdo con la ley, para cuyo efecto invalidará parcialmente la sentencia objeto del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del primero de octubre de mil novecientos setenta y seis, únicamente en cuanto dispone entregar la aeronave marca Cessna, modelo T-210 K, matrícula HK 1308 P, monomotor de combinados colores azul, amarillo, blanco y negro, a la señora

Andrina Magdalena Lee de Pérez, para en su lugar ORDENAR el decomiso *definitivo* de dicha avioneta a favor de la nación y en los términos a que se refiere el artículo 52 del Decreto 1188 de 1974.

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

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

INFORMES DE LA POLICIA JUDICIAL

Su valor probatorio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número ...

Bogotá, D. E., marzo 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Por medio de sentencia de 29 de abril del año pasado el Tribunal Superior de Cali confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de esa ciudad en la que se condenó a Paúl Hernando y Ricardo Rodríguez Torres a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de presidio por el delito de robo cometido el 27 de abril del año anterior en perjuicio de Héctor Cardona Grisales.

Contra la providencia primeramente mencionada interpusieron los procesados recurso de casación que les fue admitido por esta Sala y tramitado en forma regular. En el curso del trámite se presentó oportunamente la demanda que la Corte declaró ajustada formalmente a derecho.

Hechos y actuación procesal

El día que se deja mencionado, o sea el 27 de abril de 1976, Héctor Cardona Grisales partió de Cali en dirección al Municipio de Dagua conduciendo un vehículo de su propiedad, en el cual acostumbraba transportar pasajeros. Al salir de la ciudad primeramente mencionada dos individuos lo hicieron detener y tras de solicitarle los condujera a Dagua, a lo que el ofendido convino, abordaron el vehículo en el que viajaron hasta el kilómetro 21 de la carretera al Mar, sitio en el que hicieron detener al conductor bajo amenazas con un cuchillo y después de desalojarlo de su puesto, tomaron el carro y siguieron hasta el kilómetro 34 de la llamada "carretera vieja", en donde lo obligaron a bajarse, lo ataron de pies y manos y luego de arrebatarle el reloj, los zapatos, un anillo y treinta pesos, se alejaron llevándose el carro. Cardona logró a poco desatarse los pies y fue hasta una casa vecina donde lo liberaron de las demás ataduras, hecho lo cual se dirigió al retén de policía más cercano a dar noticia de lo sucedido.

Ese mismo día el vehículo fue detenido en Cali y sus dos ocupantes, los hermanos Paúl Hernando y Ricardo Rodríguez Torres, capturados. Conducidos a la Carretera al Mar, donde todavía se encontraba Cardona Grisales, éste los reconoció como sus asaltantes.

No obstante ese reconocimiento, los hermanos Rodríguez Torres negaron su participación en el hecho delictuoso y manifestaron que ese día habían llegado de Bogotá rumbo a Buenaventura pero que cuando estaban averiguando por la manera de trasladarse a esta ciudad, fueron capturados.

No fue posible que el informe sobre decomiso del jeep arrebatado al ofendido fuera confirmado por el oficial de policía que lo firma (folio 3), ni que se evacuaran las citas que contiene.

Agotada en lo posible la investigación se la calificó por auto de 28 de septiembre de 1976 por medio del cual se llamó a juicio a Paúl Hernando y a Ricardo Rodríguez Torres por el delito de robo. En la parte motiva se dijo que se trataba de un delito agravado por las circunstancias previstas en el numeral 1º del artículo 404 del Código Penal en concordancia con el artículo 9º de la Ley 21 de 1973.

El auto se ejecutorió sin ser reclamado y, proseguido el proceso, agotada la etapa del juicio, se dictó sentencia de primera instancia, en la

fecha ya mencionada. En dicha providencia se condenó a los hermanos Rodríguez Torres a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de presidio, cada uno, más las sanciones accesorias correspondientes.

Se examinaron allí *in extenso* los argumentos de la defensa, transcribiéndose las partes correspondientes del auto vocatorio a juicio. Se hizo especial hincapié en los reconocimientos llevados a cabo por Cardona Grisales, el ofendido, y en las contradicciones en que incurrieron los procesados para concluir que existe plena prueba de la responsabilidad de estos.

Apelada que fue la decisión por los procesados y sus defensores, el Tribunal la confirmó plenamente por la suya de 29 de abril del año pasado en la cual analiza, a espacio, la prueba, particularmente el informe de la policía sobre el cual afirma que si bien no fue ratificado bajo juramento no por ello ha perdido su valor probatorio. Además se refiere al testimonio del ofendido para concluir que es plenamente digno de crédito.

Demanda de casación

Cinco cargos hace la parte actora a la providencia recurrida, de los cuales dos formula en el marco de la causal 4ª otros dos en el segundo aparte de la 1ª y uno en el inciso 1º de esta última. O sea, en síntesis, dos censuras por nulidad, otras tantas por violación indirecta de la ley y la última por infracción directa de las normas legales. Se resumen a continuación.

Causal cuarta. Primer cargo. Considera el demandante que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Carta Política en la parte que se refiere a las formas propias del juicio, las cuales, dice el actor, fueron desconocidas por los falladores al fundar la decisión sobre el informe rendido por el Subteniente de la Policía, Luis Alejandro Castellanos Granados, quien consigna en él circunstancias de importancia para el resultado del juicio, documento que no tiene nota de presentación ni fue rendido bajo juramento, con lo cual, dice, se violaron los artículos 303 y 306 del Código de Procedimiento Penal que determinan la forma como deben rendirse los informes de la policía, entre cuyas modalidades se señala especialmente el juramento que debe prestar el informante conforme a los artículos 157 y 158 del mismo ordenamiento.

Segundo cargo. Estima que la falta de la firma del Secretario en el auto de proceder implica la inexistencia de dicho acto, lo cual vulnera, en su entender, el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal y produce nulidad de orden constitucional. Agrega que, según el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia penal por virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal "los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes", cosa que en su concepto, no ha ocurrido en el presente proceso, lo que produce la inexistencia del auto de proceder y, por lo tanto, del informe secretarial visible a folio 138 vuelto sobre ejecutoria de esa providencia.

Causal primera. Violación indirecta. Primer cargo. Sostiene el recurrente que el sentenciador incurrió en varios errores de derecho en la apreciación de las pruebas, siendo uno de ellos el haber aceptado el informe del Subteniente Castellanos Granados, pese a no haber sido presentado conforme a lo establecido en el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en forma personal ante el funcionario instructor y ratificado bajo la gravedad del juramento, según lo disponen los artículos 158 y 159 del mismo ordenamiento.

Considera que dicho informe fue el único fundamento que tuvo el Tribunal para condenar a sus patrocinados pero como, según lo consideró aquél, sólo tiene valor indiciario, resulta basada la sentencia en un solo indicio contrariando así directamente los artículos 215, 216 y 217 del Estatuto Procesal y, en forma indirecta, los artículos 402 y 404 del Código de las penas.

Segundo cargo. Asevera el actor que el *ad quem* incurrió en error de derecho al darle valor de plena prueba al dicho del denunciante en contra de lo que afirmaron los procesados.

Idéntico yerro, dice, cometió el sentenciador al señalar contradicciones, en su concepto inexistentes, en que incurrieron los hermanos Rodríguez Torres.

E igualmente erró en derecho al apreciar el valor probatorio del dicho de los declarantes que depusieron sobre la propiedad y preexistencia del vehículo tomándolo como elemento demostrativo del delito, con lo cual excedió el alcance de dichas pruebas violando los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 402 y 404 del Código Penal.

Causal primera. Violación directa. Cargo único. Lo hace consistir en que el sentenciador violó la

ley sustancial al aplicar en este caso la agravante del artículo 404 y, al mismo tiempo, deducir en contra de los procesados la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada por el numeral 9º del artículo 37, ambos del Código Penal.

Estima, con acotación de doctrina de esta Sala, que no se puede deducir esta última cuando el obrar con la complicidad de otro previamente concertada es elemento constitutivo del ilícito, pues se infringe el principio *non bis in idem*.

Afirma que hubo aplicación indebida del citado numeral 9º del artículo 37 del Código Penal.

Concepto de la Procuraduría

Considera el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado Penal, que carecen de fundamento las censuras enderezadas por el actor contra la sentencia recurrida y que, por lo tanto, ésta no debe ser casada.

La Sala juzga acertados los planteamientos de su colaborador fiscal, los acoge, por eso, plenamente, y como sobre ellos ha de basar su decisión, se abstiene de reproducirlos ahora para evitar repeticiones con lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Primer cargo.

Es verdad que el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal establece que los informes de la policía judicial deben ser rendidos bajo juramento, entregados personalmente al instructor o enviados por intermedio del jefe respectivo, quien certificará que tales funcionarios pertenecen al servicio.

Como expresa acertadamente la Procuraduría los requisitos en mención son de carácter formal y su omisión no está considerada como causal de nulidad ni de inexistencia del acto, pues no lo dice así expresamente la norma citada ni ninguna otra, por lo cual no es aplicable lo dispuesto por el artículo 214 del ordenamiento en cita que establece la inexistencia de los actos procesales cuando la ley exija para su validez determinadas formalidades y estas no hayan sido observadas.

De otro lado, cabe añadir que el Tribunal le dio a ese informe el valor de indicio y advirtió claramente que, unido a otros y a pruebas testimoniales que se mencionan en la sentencia, constituían fundamento suficiente de la condena.

Como quiera, además, que la ley no ha señalado el valor probatorio de estos indicios, que, como en el caso de autos, no tienen carácter de necesario ni constituyen presunción legal no desvirtuada sino que su apreciación queda al buen juicio del sentenciador, no se puede afirmar que éste cometió error de derecho en la valoración de la prueba.

Finalmente, se tiene que existe grave error de técnica al ubicar esta censura en el marco de la causal cuarta de casación, esto es, como nulidad supralegal, siendo así que, por ministerio de la ley ella tiene su ubicación propia en el segundo cuerpo de la causal primera y que no es permitido al actor cambiarla de lugar, pues las consecuencias para los efectos del recurso son completamente distintas, según la causal que se invoque.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. Como lo ha dicho en otras ocasiones esta Sala, la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad de la actuación, ya que quien tiene la función constitucional no es éste sino el correspondiente juez y la firma del secretario sólo tiene eficacia autenticadora de la del juez.

De otro lado, resulta desacertada la invocación que el demandante hace del artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, ya que evidentemente esa norma se refiere a los documentos privados como que habla de la falta de firmas de las partes, mención que no cabe en los documentos públicos de aquellos que procedan, como en el caso de autos, exclusivamente de funcionarios del Estado a quienes no se puede dar la denominación de "partes". Además, la ley civil claramente está reglamentando, por medio de la norma citada, el valor probatorio de escritos procedentes en forma exclusiva de los particulares y que, a menos de ser reconocidos por la parte a quien se oponen o mandados a tener como auténticos por ministerio de la ley, sólo tienen un valor indiciario.

Así, pues, no puede hablarse de inexistencia del auto de proceder por el hecho de que no haya sido firmado por el Secretario y por ello no es aceptable el argumento de que se violaron las formas propias del juicio.

Se rechaza, por lo tanto, el cargo.

Causal primera. Primer cargo. Como bien anota el Procurador Segundo Delegado Penal, resulta contradictorio presentar un mismo hecho como nulidad constitucional y como violación indirecta de la ley bajo la consideración de que el valor probatorio fue erróneamente apreciado,

pues una cosa es que haya ocurrido esto último y otra, muy distinta, que no se hayan observado las formas propias del juicio, pues bien puede ocurrir que estas hayan sido acatadas rigurosamente y que, sin embargo, a una prueba correctamente allegada al sumario no se le haya dado el valor que tiene.

Pero, como ya se dijo, en el presente caso el Tribunal consideró que, dada la falta de ratificación del informe policivo sobre decomiso del vehículo arrebatado al denunciante y captura de los procesados, si bien no se le podía considerar como documento sí podía dársele el valor de un indicio, grave por sí mismo, de la responsabilidad de los inculpados y que, unido a otros, así como a la prueba testimonial bastaban para condenarlos.

No es cierto, pues, como lo afirma el actor, que fuera esta la única prueba tenida en cuenta para tal efecto ni que se le hubiera dado un valor mayor al que debió dársele. Porque, en primer término, la ley no le atribuye uno en especial, por lo que no puede hablarse de error de derecho en la apreciación de la prueba, como lo hace, con evidente impropiedad, el demandante. Y, en segundo lugar, tanto por la procedencia del informe como por su contenido, tiene un alto valor probatorio que el sentenciador no podía desdeñar.

Además, como ya se ha dicho, el sentenciador basó su decisión no solamente en esta prueba sino en otras, por ejemplo, el dicho del ofendido y las contradicciones en que incurrieron los procesados.

No se acepta el cargo.

Segundo cargo. Nuevamente califica el censor de error de derecho la apreciación que el Tribunal hace del dicho del denunciante, siendo así que ni se allegó incorrectamente al proceso ni la ley le da un especial valor probatorio.

El sólo hecho de que provenga del ofendido no es razón suficiente para desechar una versión de los hechos si ella resulta comprobada, como en el caso de autos, por otros elementos de juicio, a saber encontrarse el vehículo de aquél en manos de los procesados y dentro del mismo un par de zapatos que, según se estableció, pertenecían al primero.

En otras palabras: la aceptación que el *ad quem* hizo de la denuncia y posteriores intervenciones del ofendido, así como de los reconocimientos llevados a cabo por éste en la persona de los acusados fue plenamente razonada por el sentenciador y sus argumentos aparecen correctos a la luz de los hechos.

Por lo que hace a las contradicciones en que incurrieron los hermanos Rodríguez Torres, ciertamente las comenta el Tribunal en su sentencia y les da valor indiciario.

Niega el actor que ellas constituyen prueba en contra de sus representados, pero no razona su aseveración, esto es, no demuestra por qué no debieron ser tomadas en cuenta.

Deja esto en pie su significación en la sentencia que no es ciertamente la de incriminar directamente a los procesados, sino la de negar credibilidad a sus dichos y permitir darla a las pruebas de cargo.

No prospera la censura.

Violación directa. Cargo único. Desde el auto de proceder se señaló que el robo por el cual se llamaba a juicio a los procesados era agravado por el empleo de armas, lo que lo ubicaba en el artículo 404 del Código Penal.

Esta subsunción no se alteró en el proceso y de ahí que las sentencias de primera y segunda instancia la recogieran, tomando, además, a efectos de la cuantificación de la pena, lo dispuesto por la Ley 21 de 1973 (artículo 9º).

Ahora bien, el motivo de agravación consistente en el uso de las armas, no se opone a que, para aumentar la pena, se tome en cuenta la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal o sea obrar con la complicidad de otro, previamente concertada, pues se basan en consideraciones perfectamente distintas y su concurrencia no viola, por lo tanto, el principio *non bis in idem.*

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 recurrida.

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

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

NULIDAD

Falta de defensa. Cuándo opera

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 20.

Bogotá, D. E., marzo 14 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en sentencia de 21 de octubre de 1976, impuso a Joaquín Elías Fernández Betancourt, por violación al Decreto 1188 de 1974, nueve (9) años de presidio y multa por valor de cien mil pesos ($ 100.000.00).

El proveído contiene otras determinaciones pero, para los efectos de esta decisión, interesa únicamente esta parte del pronunciamiento.

En tiempo oportuno el sentenciado interpuso recurso de casación, el mismo que en debida ocasión procesal se declaró admisible (marzo 31 de 1977). Se sustentó en escrito ajustado formalmente a las exigencias de ley (julio 25 de 1977).

De los hechos y la actuación procesal

De los primeros se toma la relación presentada por el *a quo* y de la segunda la síntesis ofrecida por el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

"... El proceso se inició con base en el informe del Detective Gerardo Bustos, del Departamento Administrativo de Seguridad, adscrito al grupo de Policía Judicial, con sede en Villavicencio, con fecha 19 de septiembre de 1975, dirigido al Jefe de la Segunda Unidad rural de esta ciudad, según el cual, el día anterior (18) una comisión de 10 detectives se trasladaron a las fincas La Esperanza y El Silencio, ubicadas en la Inspección de Cacayal, del vecindario de San Juan de Arama, a donde llegaron a las cinco de la mañana a casa de Pedro José Ríos Castaño, lugar en donde decomisaron dos bultos de marihuana, con peso de 40 y 64 libras respectivamente y capturaron al citado Ríos Castaño, junto con su hijo Pedro José Ríos Cardona y los trabajadores Luis Alfredo García y Bernardo González; que parte de los miembros de la comisión pasaron en seguida a la finca El Silencio, donde capturaron a Ariel Antonio Hernández y Jorge Luis Hernández, hermano de aquél, después de que, previas preguntas sobre existencia de marihuana en su finca, le dijo a los detectives que los llevaba al lugar donde estaba el cultivo, y que al conducirlos 800 metros adelante, encontraron un cambullón, en el que pernoctaban Joaquín Elías Fernández, Edisney Hernández y Ramiro Henao y se hallaron 27 bultos de marihuana, empacados en costales de fique, y otra en el suelo sin empacar, que pesó 8 arrobas y 23 libras y junto al cambullón un cultivo de 1.100 matas, para ser beneficiadas.

"Según el acta que obra al folio 66, relativa al pesaje de la marihuana a que antes se hizo referencia, la encontrada en casa de Pedro José Ríos Castaño pesó 40 y 64 libras, respectivamente; y la hallada en el cambullón de la finca El Silencio, 53 arrobas, 19 libras, la cual fue incinerada, junto con las 1.100 matas del cultivo, conforme a la relación hecha en la que obra en el folio 67, previa la toma de muestras destinadas al laboratorio.

"En el folio 65 obra el dictamen del grupo de laboratorios e identificación del DAS, según el cual todas las muestras enviadas arrojaron resultado positivo para marihuana.

"El informe referenciado fue complementado con el testimonio del informante, señor Gerardo Bustos (folio 117) y Clotario Pabón Alejo (folio

128), quienes hicieron parte de la comisión que decomisó la marihuana.

"La prueba antes mencionada, unida a la carencia de permiso de autoridad competente para cultivar y almacenar marihuana, es suficiente para tener por plenamente demostrado el cuerpo del delito contra la salubridad pública, en dos modalidades: cultivo y almacenamiento de marihuana ...".

"El señor Comandante de la VII Brigada comisionó al Juez Dieciocho de Instrucción Criminal radicado en el Municipio de Granada, Departamento del Meta, 'para que inicie y perfeccione la investigación penal por infracción al Decreto 1188 de 1974, contra los particulares Pedro Ríos, Bernardo González, Luis Alfredo García, Ariel Antonio Hernández, Joaquín Fernández, Ramiro Henao, Edisney Hernández y Jorge Luis Hernández'.

"El juez comisionado declaró abierta la investigación y decretó la práctica de las pruebas pertinentes.

"Oye en indagatoria a los sindicados que habían sido capturados. Posteriormente entrega lo actuado al Juez Trece de Instrucción Criminal, comisionado para continuar la investigación, quien resuelve la situación jurídica de los indagados, decretando su detención preventiva.

"Al agotarse la comisión, el juez instructor envía lo diligenciado al señor Comandante de la VII Brigada de Villavicencio, por razón de competencia, quien por estimar incompleta la investigación, ordena se traigan otros factores probatorios.

"Cumplida la comisión nuevamente se envía al Comandante de la Brigada, quien decreta la clausura de la investigación y 'en consecuencia, córrase traslado del proceso por el término de veinticuatro horas respectivamente al señor Fiscal Militar Permanente y Defensores, para que dentro del término ordenado emitan concepto de fondo y alegato de defensa'.

"Oído el señor Agente del Ministerio Público y al defensor, se dicta el fallo de primera instancia, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

" '... ... ...

" 'Cuarto. *Condenar* a Joaquín Elías Fernández Betancourt, ampliamente conocido dentro de este sumario a la pena principal de cinco (5) *años de presidio* y a la multa de cinco mil pesos ($ 5.000.00), moneda legal, como autor responsable de infringir el Decreto 1188 de 1974 en sus artículos 37, 38 y 43 por los hechos ocurridos en la forma consignada en la parte motiva de este proveído.

" 'Quinto. *Condenar*. Igualmente a Joaquín Elías Fernández Betancourt a las penas accesorias de publicación especial de esta sentencia, a la pérdida de la patria potestad si la tuviere e interdicción de los derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

" 'Sexto. Esta condena será cumplida en la Cárcel de Villavicencio, o donde se determine posteriormente por las autoridades correspondientes.

" 'Séptimo. Como Joaquín Elías Fernández Betancourt viene privado de su libertad del día 18 de septiembre de 1975 hasta esta fecha, este tiempo se le abonará y contará como parte de pago de la pena impuesta'.

" ... ...

"Contra la sentencia se interpuso el recurso de apelación, lo que obligó enviar el proceso al honorable Tribunal Superior Militar.

"Estando para resolverse tal recurso, el Gobierno Nacional levantó el estado de sitio en que se encontraba el territorio nacional, por lo que, obviamente, perdía competencia la justicia castrense para continuar conociendo de este tipo de delincuencia, lo que obliga su remisión a la justicia ordinaria.

"El honorable Tribunal Superior de Villavicencio avocó el conocimiento profiriendo el fallo impugnado".

La demanda

Primer cargo. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, porque el procesado careció de defensa formal y técnica. Esta fue asumida por persona no profesional, designada de oficio en cada indagatoria. Continuó este patrocinio aún después de dictarse auto de detención preventiva y a pesar de que en la población de Granada litigan habitualmente varios abogados titulados. Luego el doctor Eduardo Romero Sabogal recibió poder para asistir a todos los incriminados. Este "concretó su labor a un memorial de alegato de conclusión en el momento de declararse cerrada la etapa investigativa ... en ninguna otra actuación procesal aparece que haya intervenido ... si ... hubiera efectuado el Ministerio de la Defensa ... habría comprendido (por los careos que faltaron) la imposibilidad de representarlos a todos, puesto que existen cargos hechos entre

los mismos ... estuvieron huérfanos de defensa en la etapa del sumario (especialmente el recurrente), puesto que durante su instrucción carecieron de solicitudes de pruebas, que podrían haber variado su situación jurídica". Lo escrito entre paréntesis fuera de texto.

Agrega el memorialista que, al levantarse el estado de sitio (Decreto 1263 de 22 de junio de 1976), debió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, continuar el trámite especial que llevaba el proceso ante la justicia penal militar y, en consecuencia, permitir al recurrente y a los demás procesados la práctica de pruebas.

Como resumen del cargo, expresa que "el procesado y recurrente Joaquín Elías Fernández Betancourt, careció en este proceso de la defensa formal o técnica, en razón de que el apoderado no cumplió con el deber de solicitar pruebas en la etapa del sumario y la alegación escrita presentada en el momento de la clausura de la investigación, el señor apoderado defensor representaba intereses encontrados, hecho que no permitía en su alegación escrita hacer menos gravosa la situación jurídica del procesado ante la ley. En la apelación de la sentencia, no se sustentó ante el honorable Tribunal Superior de Villavicencio el recurso de alzada, con lo cual el fallador de segundo grado careció de elementos demostrativos de la inconformidad manifestada en la interpretación del recurso, con lo cual se produjo otro quebrantamiento del derecho de defensa, la que se reflejó en la imposición de tan alta pena impuesta al procesado.

"Estimo que las normas violadas en este caso fueron los artículos 3º del Código Penal y el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal, que reúnen el espíritu, contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, norma que sufrió quebranto por parte del honorable Tribunal Superior, fallador en la previsión y falta de observancia de las formas propias del juicio, así como también en la falta de aplicación de la norma más permisiva y favorable".

Segundo cargo. La sentencia es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

"Incurrió el honorable Tribunal sentenciador en errónea interpretación de la causal de mayor peligrosidad contenida en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, demostradas en el proceso que hacían aconsejable el aumento de la pena partiendo del mínimo de tres años de presidio. Sin hacer el análisis de ellas para encontrar un fundamento y configurar las circunstancias de mayor peligrosidad, no es posible su aplicación en la sentencia, factor que me lleva a hacer la afirmación de que el fallador incurrió en evidente error de derecho al imponer en la sentencia el aumento del año previsto en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, puesto que en la sentencia no se habló, como ya dije, de las circunstancias que hacían deducible tal normalización de mayor peligrosidad. Esta omisión, que es error de derecho, al aplicarse el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, tiene carácter de indebido, motivo por el cual surge una violación directa de la ley sustancial.

"La tasación de la pena de nueve años de presidio es excesiva, puesto que el honorable Tribunal, ha debido partir del mínimo de tres años de presidio, y no del de cuatro como se hizo en la sentencia recurrida, motivo por el cual resultó indebidamente aplicado en la sentencia la parte contentiva al artículo 33 del Código Penal, ya que en la graduación de la misma se están estableciendo agravantes para la pena que no están debidamente demostradas en las diligencias sumarias.

"El aumento que se hace al considerarse por el honorable Tribunal fallador, que el hecho encaja dentro de la disposición contenida en el artículo 33 del Código Penal, agravando tal situación con las normas contenidas en el numeral 9º del artículo 37 ibídem y en el numeral 3º del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, es indebido, puesto que del análisis probatorio no resulta claramente demostrada la imputación base de la sentencia y con ello, lo repito, hay una violación directa de la ley sustancial".

Concepto de la Procuraduría

La inicial reflexión del recurrente la desestima el Ministerio Público, porque la defensa "formal, técnica o docta" la exige el ordenamiento constitucional para la etapa del juzgamiento, pero no para la formación del sumario. A este respecto anota: "... sería saludable y equitativo que el imputado desde el momento mismo de su captura fuese atendido por un profesional del derecho, experimentado en estas lides y conocedor del complejo mecanismo del proceso penal, a fin de controvertir la prueba en el momento mismo de producirse, reclamar la presencia de la que sea favorable al incriminado, impedir mediante serios y jurídicos alegatos que la libertad de su cliente le sea suspendida, obtener que en la ca-

lificación del sumario se creen situaciones gravosas, ya porque pueda conseguir se exima de toda responsabilidad, ora porque obtenga mejor o más favorable ubicación dentro de normaciones legales que consientan admitir atenuantes de la responsabilidad.

"No siendo factible en todos y cada uno de los procesos penales que el sindicado goce de tan completo amparo o patrocinio profesional, es por lo que la jurisprudencia ha aceptado, como así lo dispuso el legislador en la norma atrás citada (artículo 116 del Código de Procedimiento Penal), la presencia de las dos dichas clases de defensa, estando, eso así, inamoviblemente fijados los momentos del proceso en que ésta o aquélla se actualicen".

Y refiriéndose a la objeción relacionada con el nombramiento de abogado titulado a partir del auto de detención preventiva, comenta: "Infortunada exégesis es la que aplica el señor demandante al artículo 117 del Código de Procedimiento Penal, para él dicha norma obliga a juez a designar 'un profesional del derecho' como apoderado del sindicado, cuando éste no ha otorgado mandato judicial, lo que en puridad de verdad no es cierto, pues que dicha norma está señalando es la obligatoriedad de aceptar el cargo al ser designado 'por funcionario de Instrucción o por el juez', pero no forzando a dichos funcionarios a proveer de defensa oficiosa al imputado antes de haberse dictado llamamiento a juicio, evento este último que lo contempla el artículo 485 del mismo Estatuto".

"El censor confundió el efecto con la causa, ya que ésta deviene de la última norma citada y aquél de la primera referida. Es decir, que al nombrar defensor de oficio el juez (artículo 485), su aceptación es indefectible, 'sin que pueda excusarse sino por enfermedad grave o habitual, por grave perjuicio de sus intereses o por ser empleados públicos, o mayores de sesenta años, o menores de veintiuno no habilitados de edad, o por tener a su cargo dos o más defensas de oficio' ".

En cuanto a la segunda causal de acusación, escribe el Ministerio Público lo siguiente: "Muy habilidosamente el censor transcribe pasajes del fallo recurrido, cuidándose en hacerlo de los que se ocupan de analizar la prueba que demuestra incuestionablemente que Ariel Antonio Hernández y Joaquín Elías Hernández sí actuaban en complicidad acordada previamente, deducción extraída por el honorable Tribunal, especialmente de los testimonios rendidos por los detectives Gerardo Bustos (folio 117), Juan Vicente Vivas (folio 124) y Clotario Pabón Alejo (folio 128) citados en los resultandos del fallo (folio 7). Luego, entonces, no es cierto que el *ad quem* no hubiese comprobado en su pronunciamiento la presencia de la circunstancia de mayor peligrosidad imputada a Fernández.

"A *contrario sensu,* ha debido el actor comprobar fehacientemente que la conducta del condenado Fernández no estaba contaminada por circunstancias de mayor peligrosidad, sin que su deber se cumpla meramente con criticar el criterio del sentenciador, no controvirtiéndolo radical y plenamente, ocurrencia que grava inexcusablemente al recurrente en casación".

Posteriormente, al exigir la Sala un comentario sobre el punto relacionado con la aplicación del artículo 33 del Código Penal, aspecto aludido en la demanda, dijo: "El actor inicia su censura en la parte del cargo a estudio manifestando que 'incurrió el honorable Tribunal sentenciador en *errónea interpretación* de la causal de mayor peligrosidad contenida en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal ...', para luego afirmar que '... esta omisión, que *es error de derecho,* al aplicarse el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, tiene carácter de indebido, motivo por el cual surge una violación directa de la ley sustancial', enfatizando un párrafo siguiente que 'la tasación de la pena de nueve años de presidio es excesiva, puesto que el honorable Tribunal, ha debido partir del mínimo de tres años de presidio, y no del de cuatro como se hizo en la sentencia recurrida, motivo por el cual resultó indebidamente aplicado en la sentencia la parte contentiva del artículo 33 del Código Penal, ya que en la graduación de la misma se están estableciendo agravantes para la pena que no están debidamente demostradas en las diligencias sumarias'. Por último, expresa: 'Es cierto que la violación de varias disposiciones con un mismo hecho configuran el concurso ideal, mientras que el concurso real, definido en el artículo 33 del Código Penal, habla de varios delitos cometidos conjuntamente o en forma separada y que se fallen en el mismo proceso. Entonces la diferenciación entre el concurso ideal y el formal radica en la unidad de resolución, que en la sentencia recurrida se encuentra analizada indebidamente y situada dentro del artículo 33 del Código Penal, cuando debía ubicarse en el artículo 31 ibídem, hecho que constituye *error sustancial de derecho* y violación directa de la ley sustancial' " (las subrayas no son del texto).

"La ilogicidad con que el actor enlaza varias de las hipótesis que son la arquitectura de la violación directa a la ley penal sustancial, presionándolas para que se presenten simultáneamente, impide estudio a fondo de la censura, pues a la postre no se sabe cuál fue la indebida posición del *ad quem*, la forma específica dada al quebranto normativo. Y fuera de la glosa que se hace a los argumentos censurantes, no se puede dejar pasar otra, no menos valedera, cual es la confusión del actor al tener *como error de derecho* la para él equivocada escogencia de normas penales sustanciales, pues, debe él saberlo que tal yerro es el que comete el *ad quem* con el trato ilegal que le dé a la prueba, uno de los pilares de la violación indirecta a la misma. En casación hay expresiones y vocablos que tienen sentido propio y riguroso en su uso, a diferencia de las instancias".

Estas razones obligan al colaborador fiscal a solicitar que no se case el fallo recurrido.

Consideraciones de la Sala

Constituyen las glosas anteriores, en buena parte, una afortunada respuesta a las críticas formuladas por el impugnador. Los argumentos que el censor expone para demostrar la invalidez del juzgamiento, por vicios en el trámite y ausencia de debida defensa, no tienen la entidad que les atribuye ni menos la repercusión jurídica que invoca en favor del recurrente.

Primer cargo. Tal como lo apunta la Procuraduría, sería deseable, como lege ferenda, *que el procesado contara, desde el principio de la averiguación, con una asistencia profesional de mérito, esto es, que siempre estuviera a cargo de persona con conocimientos técnicos y científicos, que los hiciera valer plenamente en el aporte de pruebas y en la presentación de alegatos serios y oportunos orientadores de una administración de justicia ajena a errores o desvíos. Pero las circunstancias propias del proceso penal colombiano no responden totalmente a estas exigencias y propósitos. Las personales condiciones de los incriminados no permiten que todos cuenten con una representación profesional pagada o que la oficiosa, dispensada por el estado, traduzca siempre una gestión eficaz. Se procura, al menos, un control de las actividades del funcionario judicial, para evitar dañinas aplicaciones de su poder, y, la permanente posibilidad de contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la debida comprensión de la conducta juzgada. En todo esto no debe olvidarse las características del delito ni las circunstancias del lugar en que ha ocurrido o en que se desenvuelve la investigación. Nadie ignora, entonces, que no disponen del concurso de profesionales del derecho o que es tal la movilidad de la averiguación que a veces es necesario sacrificar a ésta el que sea siempre el mismo abogado quien pueda actuar en todas las diligencias. Pero la ley provee, y así el canon constitucional resulta respetado, un mínimo fundamental de esta garantía de representación y asistencia (artículo 123, Código de Procedimiento Penal y Decreto 196 de 1971, artículo 34). El ciudadano que en este proceso se designó para actuar en el sumario, en defecto de un mandato particular, reunía los requisitos fijados por la ley y por tanto no es dable aceptar a este respecto, críticas como las manifestadas por el demandante. Además el abogado titulado Eduardo Romero Sabogal, tomó posesión el 26 de octubre de 1975 —folio 102— y la investigación vino a cerrarse el 24 de noviembre del mismo año —folio 179—, intervalo en el cual se produjo un perfeccionamiento de la averiguación, que bien pudo aprovechar este apoderado, quien creyó más oportuno, y estaba en su derecho, analizar los elementos probatorios recogidos y argumentar en favor de sus mandantes, entre ellos Hernández Betancourt, en el término subsiguiente al auto de clausura del sumario. Existió defensa adecuada, con suficiente eficacia para satisfacer plenamente esa exigencia constitucional.*

Estas anotaciones puntualizan el alcance que la Sala otorga a los comentarios del Procurador Delegado cuando diferencia los efectos de la defensa material y de la docta. Sintetizando la reiteración conceptual, conviene anotar que no es dable admitir una tan categórica exégesis si ésta pretende restar importancia y necesidad a la asistencia profesional que se cumple en la primera fase del proceso. Si así fuera, el canon constitucional pertinente resultaría afectado. Lo que se quiere decir es que la exigencia de contar con un patrocinio calificado, durante el sumario, suele presentar excepciones, v. gr. la recepción de indagatoria, en determinadas circunstancias, o la verificación de otras diligencias signadas por el apremio; mientras que en el juicio, la denominada defensa técnica no sufre el más mínimo menoscabo o desconocimiento.

Obsérvese, de otro lado, que la censura que al respecto hace el recurrente aparece parcial y un tanto desenfocada de lo que la doctrina impone en la presentación y desarrollo de un cargo de esta índole. En efecto, el censor no puntualiza las probanzas que debieron llevarse a los autos y la

beneficiosa incidencia que estas pudieron tener para Hernández Betancourt. La insinuación del memorialista, en este punto, no puede ser más general e incierta. Se alude a la realización de careos, pero sin especificar las consecuencias de los mismos, aspecto que el demandante se abstiene de enlazar con demostraciones de inocencia, de menor responsabilidad o de mudanza de la imputación; sus alcances apenas llegan al secundario y ambiguo fin de patentizar intereses incompatibles entre los varios procesados, lo cual incidiría en la exclusión de una defensa mancomunada. Aunque se admitiera este evento, la cuestión no refluiría en el sentido que se pretende porque quedaría como válida la hipótesis de haber continuado el doctor Romero Sabogal como apoderado de Hernández Betancourt, dejándose a los otros la asistencia de oficio.

Segundo cargo. En cuanto a las características del trámite imprimido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, cuando le correspondió conocer de este proceso, la respuesta del Ministerio Público, ya transcrita, no puede ser más exacta y acertada. Pero, además, no debe olvidarse la reiterada y permanente doctrina que considera las leyes procesales de aplicación inmediata, sin cuestionar la permisibilidad u odisidad que puedan implicar en un momento determinado. Si el Tribunal atendió este criterio y determinó como propio el trámite ordinario, mal puede ahora invocarse esa actuación, tan ceñida a la ley que nunca se ha mirado como desconocimiento de los derechos de los procesados, como motivo de invalidación.

Estos dos cargos, formulados al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código Penal, son abiertamente inadmisibles, ya porque su presentación defectuosa por lo incompleta (la defensa no actuó debidamente), ya porque no responden a la realidad procesal y al criterio jurídico que domina la materia en la actualidad.

No prospera esta doble objeción.

Tercer cargo. La intensificación de la pena con base en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, tal como lo anota el censor constituye no una aplicación indebida de esta norma sino un error de hecho (violación indirecta de la ley sustantiva) porque reconoce una prueba inexistente, a lo cual equivale enunciar un elemento de convicción que no tiene realidad o entidad en el proceso. El memorialista dice textualmente: "... Se están estableciendo agravantes para la pena que no están debidamente demostradas en las diligencias sumarias ...".

Desde este punto de vista el recurrente equivoca la técnica de casación al aludir a una violación directa de la ley que, como tal, tiene una fundamentación, exigencias y consecuencias diferentes en su tratamiento.

La réplica del Ministerio Público a esta alegación, a pesar de que deja de lado esta apreciación de la Sala, también constituye afortunado rechazo. Si se para mientes en la forma como el Tribunal relató los hechos, en donde se destaca y especifica la intervención de cada uno de los procesados, así como la mención de las pruebas de cargo y la coautoría de Joaquín Elías Fernández y Ariel Antonio Hernández, se debe concluir que sí se determinaron los aspectos fácticos que servían de apoyo a esta circunstancia de mayor peligrosidad.

Cuarto cargo. El cultivo y almacenamiento de marihuana que se dedujeron a Joaquín Elías Fernández Betancourt, fue conducta múltiple sancionada indebidamente, pues se aplicó el artículo 37, numeral 9º del Código Penal cuando no había prueba de esta circunstancia, y el artículo 33 ibídem, cuando a lo sumo se trataba de un concurso ideal o formal de infracciones, apreciación que "constituye error sustancial de derecho y violación directa de la ley sustancial".

Ya se advirtió la improcedencia de la censura relacionada con la circunstancia de mayor peligrosidad. Queda por responder, entonces, lo atinente al artículo 33 del Código Penal.

En este punto el recurrente, de nuevo, confunde la causal y por tanto equivoca su tratamiento. Llama error sustancial de derecho (aparte 2º de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, violación indirecta de la ley) a lo que, en definitiva, aprecia como interpretación errónea, y que en verdad, desde este punto de vista, sería más bien una indebida aplicación.

Cuando sentenciador y recurrente estiman bien escogida la norma, pero difieren en su alcance, se está enfrente de una interpretación errónea de la ley sustancial; pero cuando disienten en la pertinencia de la disposición aplicada, como en el caso *sub judice* en que el Tribunal apoya su fallo en el artículo 33 y el censor reclama como pertinente el artículo 31 del Código Penal, la causal no es otra que la aplicación indebida.

No puede la Sala pasar por alto estas fundamentales inexactitudes ni suplir el propósito del impugnador. Este no logra concretar el motivo

exacto de su censura ni posibilita una interpretación correcta de su pensamiento. En circunstancias tales la doctrina reitera siempre la enseñanza de desechar el cargo por faltas de técnica en su invocación y comprobación.

No se aceptan estos dos finales cargos en que se desarrolla desacertadamente la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR el fallo acusado.

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

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte sostener que no es posible, en los juicios en que interviene el jurado, alegar violación indirecta de la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23892.

Aprobado: Acta número 21.

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, proferida el dieciséis de abril del año próximo pasado, mediante la cual confirmó la del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso del 5 de enero de ese mismo año, que condenó a Isaías Cedeño Calderón por el delito de *homicidio* a la pena principal de ocho años de presidio, con sus correspondientes accesorias y la obligación, en abstracto, de indemnizar los perjuicios causados con la infracción.

Hechos

Quedaron resumidos por el Tribunal, así:

"... En la fundación denominada 'Buenos Aires', vereda de Garibay, Municipio de Maní (Casanare), a eso de las nueve de la mañana del día 2 de enero de 1975, se encontraba Mario Adolfo Morales (occiso), tratando de desarrollar actividades de caza, lo cual desagradó a Isaías Cedeño Calderón diciéndole que no tenía derecho a 'mariscar' en esa sabana o región, pero Morales replicó que sí lo tenía por estar en la fundación aludida. Esto originó una discusión en que cada uno sostenía lo dicho, hasta llegar a las vías de hecho: el primero retó al segundo a que sacara el 'mandador', palo que se lleva en la mano, pero éste contestó que no iba a pelear sino a 'sabanear', prolongándose la discusión y provocaciones de Isaías, por lo que la víctima le dijo que entonces sacara su revólver 'si era tan macho', y efectivamente lo esgrimió a tiempo que retrocedía en el caballo que montaba, disparándolo dos veces contra el infortunado Morales, quien falleció casi instantáneamente ...".

Actuación procesal

Previa diligencia de levantamiento del cadáver y denuncia penal de Gilma Cedeño, el Juzgado Promiscuo Municipal de Maní dictó el 6 de enero de 1975 auto cabeza de proceso y, posteriormente, el 20 de enero de ese mes y año, decretó la detención preventiva del procesado Isaías Cedeño Calderón.

El Juzgado Segundo Superior de Sogamoso cerró la investigación y calificó el sumario con auto de proceder el 19 de junio de 1975. Surtida la audiencia pública, con intervención del jurado, se obtuvo por unanimidad veredicto condenatorio en contra de Cedeño Calderón. El 5 de enero de 1977 dicho juzgado emitió sentencia de condena y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la confirmó el 16 de abril de ese mismo año.

El recurso de casación fue concedido por haber sido interpuesto en tiempo y, admitido por la Corte, se encuentra sustentado en debida forma.

La demanda

Luego de hacer el recurrente una relación de los hechos y de la actuación procesal y de presentar las motivaciones de la sentencia impugnada, propone, al amparo de la causal primera

de casación, segundo cuerpo (inciso 1º, numeral 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), dos cargos constitutivos en su sentir de violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho en la apreciación del material probatorio. En la siguiente forma:

Primer cargo. Asevera el demandante que en el fallo recurrido el sentenciador cometió error de derecho, "... al estimar que al expediente se allegó la plena prueba o completa de la responsabilidad de Isaías Cedeño Calderón, en relación con el delito de homicidio que se le imputó, dejando de lado las circunstancias que rodearon el hecho al estimar que la declaración rendida por el menor Germán Díaz Cedeño constituía plena prueba de esa responsabilidad penal ...".

Para demostrar la censura advierte que la prueba fundamental del proceso la constituye el testimonio rendido por el citado menor, quien tiene el carácter de ofendido con el delito por los vínculos de afecto que lo unían con el occiso Mario Adolfo Morales Barahona, pues éste vivía con la madre de aquél, Gilma Cedeño, y lo trataba como a un hijo suyo. Situaciones que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia al efectuar la valoración de la prueba y que de haber sido apreciadas hubieran conducido a la absolución del procesado.

Por consiguiente, concluye que el Tribunal infringió "... por evidente error de derecho ..." el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y el 362 del Código Penal por aplicación indebida.

Segundo cargo. Considera el impugnante que el Tribunal incurrió en error de derecho al darle valor de plena prueba de la responsabilidad a pruebas deficientes para desvirtuar la versión sostenida en su indagatoria por el procesado Isaías Cedeño Calderón.

Fundamenta la tacha con el testimonio de José Cedeño porque cree que este declarante corrobora la versión de su patrocinado en cuanto a una injusta agresión por parte del occiso; con la indagatoria de Isaías Cedeño Calderón en la que afirma que a Germán Díaz Cedeño le pudieron decir que lo perjudicara con su declaración, "... pues es bien sabido que la madre tiene un ascendiente de poder sobre su hijo, pues éste, con la turbación con lo ocurrido entre su padrastro y tío, perdió su sinceridad haciendo difícil esacta (sic) percepción de las cosas y esto hace posible el error ..."; y, por último, con la declaración de Carlos Ramiro Chavita que en su criterio confirma la enemistad preexistente entre los protagonistas del insuceso.

Para concluir expresa que el Tribunal "... violó la ley sustancial por la vía indirecta por aplicar en la sentencia las normas sustanciales antes citadas en forma indebida, puesto que si hubiera interpretado correctamente los artículos 1, 215, 217, 236 y 335 del Estatuto Procesal Penal, la sentencia hubiera sido absolutoria ...".

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que la Corte no case la sentencia recurrida, pues estima que los cargos propuestos en la demanda no pueden prosperar, ya que "... resulta francamente improcedente aducir violación indirecta de la ley penal sustancial en juicios con intervención del jurado de conciencia, pues, es bien sabido que en esta clase de procesos no procede en casación un replanteamiento valorativo de la prueba a través de errores de hecho o de derecho, porque los jueces populares gozan de amplio arbitrio para apreciar los elementos de juicio conforme a su íntima convicción; porque la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto; porque la injusticia de éste no está consagrada como motivo de casación y finalmente, porque de prosperar la censura en la forma propuesta la Corte no podría casar el fallo impugnado y dictar sentencia declarando la contraevidencia del veredicto. Labor reservada por la ley a los juzgadores de instancia ...".

Se considera

Los dos cargos que aduce el recurrente con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación probatoria, recaen ambos en la equivocada valoración que el fallador le dio a la declaración del menor Germán Díaz Cedeño, hijo de la denunciante Gilma Cedeño con quien vivía el occiso, al haberle otorgado en la sentencia valor de plena prueba, estimación constitutiva de error de derecho, determinante de la condena de Isaías Cedeño Calderón.

La simple enunciación global del fundamento en que apoya el censor su doble ataque, pone de relieve que ninguno de los reproches propuestos puede prosperar.

En efecto:

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte sostener que no es posible, en los juicios en que

interviene el jurado, alegar violación indirecta de la ley, porque ella supone la comisión de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas por parte del sentenciador, y tal evento no puede legalmente ocurrir, por las siguientes razones:

1. En esos procesos el jurado no está sujeto a la valoración de la prueba en derecho, pues por mandato expreso de la ley emite el veredicto conforme a su convicción íntima (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal).

2. En esos juicios el juez está en la obligación de dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal), salvo que resulte contrario a la evidencia probatoria (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal).

Bajo estas premisas debe entenderse que cualquier planteamiento que pretenda reabrir un debate sobre la valoración de la prueba conduce necesariamente a demostrar la contraevidencia del veredicto, ésto es, su injusticia. Situación que no está prevista como causal de casación y que se encuentra reservada, por modo exclusivo, a los falladores de instancia.

Los cargos no prosperan.

Por lo someramente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de dieciséis de abril del año próximo pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Danté L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

PENAS

Cómo se gradúan. Circunstancias agravantes, delito continuado y circunstancias de mayor peligrosidad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 21.

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

En sentencia de 10 de marzo de 1977, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, impuso a Ramiro León Cifuentes Aguirre, por el delito de "abuso de confianza" (agravado por su cuantía —artículo 414 del Código Penal— y por su modalidad de continuado —artículo 32 ibídem—), cometido en perjuicio de la empresa "Chrysler Credit Company", treinta y ocho (38) meses de prisión y multa por valor de dos mil pesos ($ 2.000.00).

En tiempo oportuno se recurrió en casación.

La impugnación fue admitida en auto de 23 de junio del citado año y la demanda correspondiente reconocida como ajustada a las formalidades de ley, en proveído de 18 de agosto del mismo año.

De los hechos y la actuación procesal se ocuparon certeramente el censor y el Procurador Primero Delegado en lo Penal. La Sala estima procedentes esos comentarios y los da por reproducidos.

La sentencia impugnada

Esta, en su aspecto principal, se critica por la forma como determinó la pena privativa de la libertad.

Conviene, entonces, reproducir la parte pertinente de ese fallo.

"... Cuestión que ha sido objeto de empeñoso debate en el presente proceso ha sido la determinación de la pena principal; y por ello, la Sala hará las siguientes consideraciones para establecer su criterio. El artículo 412 del Código Penal que tipifica el delito de abuso de confianza, ha previsto que el responsable incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez a mil pesos. A su vez el artículo 413 ibídem, dispone que la pena se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía fuere superior a diez mil pesos; esto es que para el delito de abuso de confianza agravado por la cuantía la pena podría llegar hasta seis años de prisión, más la pena pecuniaria que en este caso iría hasta dos mil pesos. Dentro de estos límites, pues, la Sala deberá establecer la pena básica que corresponde al procesado Ramiro León Cifuentes Aguirre.

"Es muy frecuente por inveterada práctica judicial que en la dosificación de la pena se imponga siempre el mínimo de ésta cuando el procesado carece de antecedentes judiciales o de policía. Sin embargo, a pesar de la citada práctica otros son los criterios establecidos por la ley penal en su artículo 36 para determinar la pena que en cada caso es imponible. En efecto, es cierto que la personalidad del agente debe ser tenida en cuenta, pero a más de este factor deberán servir como punto de referencia la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

"Lo anterior quiere decir que la buena conducta anterior de un procesado no siempre deberá determinar el que se le imponga el mínimo de la sanción, ya que podrá darse el caso de delitos de una gravedad mayúscula cometidos por delin-

cuentes primarios o delitos muy leves cometidos por personas avanzadas en el mundo de la delincuencia. Es obvio que los primeros ameritarán una pena de acuerdo con su gravedad, mientras que los segundos se harán acreedores a un *quantum* de pena que no podrá ser el efecto de la consideración única de la personalidad del agente. En otras palabras, no es lo mismo que un delincuente de altísima peligrosidad se apodere de una exigua suma de dinero, que una persona sin antecedentes sustraiga varios millones de pesos, pues a pesar de las distintas calidades de los sujetos es evidente que la naturaleza intrínseca de las infracciones es bien diversa.

"En el caso que nos ocupa Ramiro León Cifuentes Aguirre se apropió de suma cercana a los dos millones de pesos; luego este hecho aisladamente considerado denota singular gravedad y, por lo tanto, la Sala no puede desconocer los juiciosos argumentos aducidos por el señor juez del conocimiento que lo llevaron a apartarse del mínimo en la ley. Consideramos por lo tanto que la pena básica, que podría ir hasta los seis años de prisión, debe ser en este caso de *veintiséis meses,* dada la gravedad del hecho delictuoso (artículo 36 del Código Penal).

"Pero como además, estamos frente a un delito continuado, en atención a lo previsto en el artículo 32 del Código Penal, la pena deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad, es decir, que los seis años a que nos referimos anteriormente podrían ser incrementados en la mitad, o sea en tres años, y así computar una pena total de nueve años. Y es que tampoco en este caso podrá partirse del incremento mínimo por una razón evidente. Sería suficiente con una mirada superficial al expediente para encontrar la gran cantidad de cheques pertenecientes a la Chrysler Credit Company que fueron a parar a las cuentas del procesado, maniobra dolosa que repetidamente se prolongó por un espacio de casi dos años. Esto nos está indicando una especial persistencia al delito, motivo por el cual la pena básica por este concepto deberá aumentarse en *diez meses,* para un total de treinta y seis meses.

"En cuanto a las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en la sentencia, no encuentra la Sala mayores objeciones que hacer, aun cuando es conveniente recordar que el procesado reconoció en su indagatoria haber estado preso bajo la sindicación de haber cometido anteriormente un delito de abuso de confianza. No obstante, como de ese hecho no aparece constancia alguna en el proceso, aparte de la versión de Cifuentes Aguirre, la Sala no lo toma en cuenta. Por lo tanto, teniendo únicamente en cuenta las causales 5ª y 6ª del artículo 37 del Código Penal, a la pena ya deducida deberán sumársele dos meses, para un total de *treinta y ocho meses de prisión* ...".

Otra decisión que cuestiona el recurrente es la relacionada con el auto proferido por el juzgador de la primera instancia (noviembre 10/6 —folios 440 a 442—), mediante el cual adicionó su sentencia condenatoria, en el sentido de ordenar "... que la suma de trescientos cinco mil novecientos ochenta pesos y cinco centavos ($ 305.980.05), más el incremento por intereses, depositada en la cuenta número 00700849-3 existente a nombre de María Dina Aguirre de Rodríguez en la 'Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas' de esta ciudad, sea entregada, una vez en firme lo fallado, a la empresa 'Chrysler Credit Company S. A.' constituida en parte civil dentro de este proceso ...".

La demanda

Dos causales se invocan. La 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que se dirige a desconocer la eficacia del auto de adición de la sentencia, y la 1ª, que controvierte el *quantum* de pena privativa de la libertad impuesta por el Tribunal.

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

El casacionista anota: "El proceso se halla afectado de una nulidad parcial, de carácter constitucional, por la cruda inobservancia de las normas propias del juicio, en razón de que el señor juez de primera instancia reformó su propia sentencia al adicionarla en el sentido de ordenar que los dineros depositados en la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, de Bogotá, correspondientes a la cuenta número 00700849-3 a nombre de María Dina Aguirre de Rodríguez, se entregaron a la empresa Chrysler Credit Company S. A., contraviniendo lo dispuesto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal y quebrantando la norma constitucional consagrada en el artículo 26 de nuestra ley de leyes, toda vez que el juez que dicta la sentencia sólo conserva la jurisdicción para aceptar o rechazar los recursos que se interpongan contra ellas, es decir, los de apelación o de casación según el caso".

La decisión tomada por el juez de primera instancia (Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá), por él llamada adición de sentencia, no

es más que una reforma de la misma tomada contra la expresa prohibición del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

Esta resolución se dictó sin tenerse competencia para ello. En efecto, la cuenta número 849-3 la abrió a su nombre el señor Ramiro León Cifuentes Aguirre, el 11 de junio de 1975, en la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, oficina "San Martín". El 9 de septiembre de 1975, a solicitud de Cifuentes Aguirre, se cambió esa titularidad y fue sustituida por su señora madre doña María Dina Aguirre de Rodríguez —folio 117—. Esta explica lo acontecido en escrito de folios 310-312 (marzo 17 de 1976): "... tenía conocimiento y sabía muy bien que mi hijo laboraba en una importante empresa comercial del país, y a más de ser mi hijo no podía ni debía desconfiar de él en ningún momento. Por esa razón obviamente encontré natural depositar en él toda la confianza y darle dineros en sumas considerables para que me fuera depositando en la citada Corporación de Ahorro y Vivienda. No podía imaginarme yo que mi hijo fuera a hacer una mala inversión de ellos y menos con patrimonio, prácticamente, en parte suyo.

"En el mes de junio del año próximo pasado, hube de ser intervenida quirúrgicamente en el Hospital Infantil Lorencita Villegas de Santos, y ante la suposición de que mi vida podía peligrar en ese trance manifesté a mi hijo que la cuenta de la Corporación de Ahorro y Vivienda la abriera a su nombre, con el compromiso ineludible de que una vez estuviera alentada y fuera de todo peligro, se me hiciera el correspondiente traspaso de estos fondos.

"Esta la razón por la cual en el mes de septiembre, más o menos el día 9 de este mes y año de 1975, mi hijo procedió a traspasarme la inversión que le había ordenado hacer y dejar en mi poder absoluto ese capital ...".

La orden de congelación se impartió por el instructor el dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) —folio 86—.

De ahí, entonces, que el auto de reforma constituya: una expropiación de bienes; afección del patrimonio de terceros, pues la Aguirre de Rodríguez "no era sindicada en el proceso"; e intromisión indebida en la justicia civil, ya que se "invalidó un contrato de cesión de bienes".

Esto le permite al memorialista solicitar "la nulidad parcial del fallo, en el sentido de que es nula la determinación del 10 de noviembre de 1976, por la cual adicionó la sentencia condenatoria, todo conforme a las previsiones del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, numeral 3".

Causal primera, aparte primero.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

La interpretación errónea a la cual se acude en esta sección de la demanda se concreta en el quebranto de los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal.

El Tribunal tuvo en cuenta el fenómeno de la cuantía (artículo 414 del Código Penal) y la forma continuada del delito para apartarse de imponer el mínimo de la pena y agravarlo desmedidamente.

Textualmente la glosa del recurrente se expide así:

"Para no disminuir el mínimo de la pena del abuso de confianza, habla la sentencia del Tribunal de la gravedad del hecho delictuoso por razón de la cuantía, circunstancia esta que fue considerada especialmente para agravar el delito de abuso de confianza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal, por lo cual no podía considerarse dos veces, una para agravar la pena no partiendo del mínimo y otra para aumentar la pena en razón en lo dispuesto en el artículo 414 citado, con lo cual se viola el principio del *non bis in idem*, además de que ha sido constante la doctrina de la Corte que cuando una circunstancia de mayor peligrosidad constituye un elemento configurativo de una especial agravación contemplada en forma expresa en la ley, no puede ser considerada dos veces, como agravación específica y como circunstancia de mayor peligrosidad.

"Igualmente se dice en la sentencia del Tribunal que la repetición de los actos demuestra la persistencia en el delito por parte del sindicado Cifuentes Aguirre, pero como se trata de un delito continuado, necesariamente tiene que haber repetición del mismo acto ilícito, por lo que no se le puede considerar dos veces esa circunstancia, una para agravar la pena por el delito continuado y otra para no partir del mínimo de la pena.

"Esas mismas circunstancias fueron tenidas en cuenta por el Tribunal para deducir dos circunstancias de mayor peligrosidad, las de los numerales 5 y 6 del artículo 37 del Código Penal que se aplicaron indebidamente por el error de

interpretación del Tribunal que viola el principio de *non bis in idem*, como consecuencia se aplicó indebidamente el artículo 39 del Código Penal porque no se tuvieron en cuenta las circunstancias de *menor peligrosidad* y sí unas de mayor peligrosidad que no podían considerarse.

"También se vulneró el artículo 37 cuando expresa:

" 'Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente —en cuanto no se hayan previsto como modificaciones o como elementos *constitutivos* del delito— las siguientes': Y al confundirse estos términos con la doble circunstancia agravadora, se violó el contenido de este precepto.

"El error de interpretación llevó al fallador de segunda instancia a no partir del mínimo de la pena imponible para el delito de abuso de confianza imputado a Cifuentes Aguirre, como lo enseña el artículo 39 del Código Penal, sino del máximo de la misma, *en forma arbitraria, ilógica, ilegal,* porque debía primero hacer la dosificación de la pena para el delito de abuso de confianza como si fuera simple, luego debía efectuarse el incremento de la pena por razón de la cuantía y después el aumento de la pena correspondiente al delito continuado.

"Por ejemplo:

"En el delito de abuso de confianza, para la dosificación de la pena, se parte del mínimo y si existen circunstancias para aumentar la pena se hace esto y se señala, conforme lo preceptúa el artículo 39 del Código Penal y de esa pena que acuerde o determine, seis meses o diez meses v. gr., si se trata de delito agravado por razón de la cuantía, esa pena acordada en principio puede aumentarse hasta en otro tanto, *si sólo concurren circunstancias* de mayor peligrosidad, vale decir que podría llegar a veinte meses en el caso propuesto como ejemplo, y si además el delito es continuado, puede aumentarse hasta en la mitad, hasta un máximo de cinco meses de la pena primeramente acordada, porque ese aumento no juega con la agravación de la pena por razón de la cuantía, porque sería *agravar dos veces la pena* por las mismas causas, lo cual significa que podría llegar a 25 meses, como máximo, si solamente concurren circunstancias de mayor peligrosidad.

"En el caso de Cifuentes Aguirre no se graduó la pena en la forma indicada por la ley, sino que se partió del máximo —indebidamente— para de ahí empezar a hacer deducciones de la misma y farisaica e inusitadamente mostrarse el fallador *como benévolo* en la graduación de la pena. Fusilen, fusilen que así se hace justicia.

"En cuanto a las circunstancias de mayor peligrosidad por tratarse de un delito agravado por la cuantía y por la modalidad de continuado y por ser una persona jurídica la perjudicada, no concurren las circunstancias de mayor peligrosidad por estas subsumidas por la continuidad del delito y por la agravación en razón de la cuantía, y al deducirlas se aplicó indebidamente el artículo 37 del Código Penal en sus numerales 5 y 6 ...".

Depreca, entonces, que "se gradúe la pena por la honorable Corte, partiendo del mínimo de la sanción para el delito de abuso de confianza, en razón de que concurren circunstancias de menor peligrosidad en favor del sindicado y al no llegar la pena imponible a 24 meses de prisión, dados los antecedentes buenos y ejemplar conducta, a la ausencia de condenas anteriores penales o de policía, a la personalidad del incriminado, se conceda el beneficio de la libertad condicional".

Consideraciones de la Sala y concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Acierta el Ministerio Público cuando destaca la visible falta de técnica del censor que, en su primer cargo, no enfrenta propiamente la sentencia emitida por el Tribunal sino la proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito. Olvidó el memorialista una tan clara disposición como el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal. Razón tiene la delegada al afirmar que la intervención del Tribunal da "punto final a las instancias, absorbe y unifica íntegramente al proceso, al quedar subsumidas en él todas las decisiones jurisdiccionales anteriores, ya por ser confirmadas, bien porque al revocarlas o modificarlas las reemplaza o integra su cuerpo". Esta aserción es tanto más cierta cuanto que la determinación tomada por el citado Juez Trece Penal del Circuito, apreciada por el memorialista como reforma indebida de su propio fallo, mereció comentario específico del Tribunal, el cual la confirmó en el ordinal 3º de la parte resolutiva de su providencia. El recurrente incurre en no pocas contradicciones que deterioran notablemente el rigor propio a una impugnación de esta índole. Es así como niega atribución el Juzgado Trece Penal del Circuito para ordenar la entrega de los dineros depositados en la Corporación de Ahorro y Vivienda de Las Villas, a la empresa ofendida con el delito, puesto que la cuestión no formaba parte del *thema decidendum*, pero, im-

plícitamente, la admite en el Tribunal. De ahí que la Procuraduría recuerde la falta de consistencia de esta posición al anotar: "... no se puede enjuiciar la decisión del superior so pretexto de haberle faltado competencia al juez de primera instancia, aceptándose que de ésta gozaba plenamente el *ad quem,* ya que éste subsana el vicio de lo revisado ...".

Además, si la cuenta en referencia era de la exclusiva pertenencia de María Dina Aguirre de Rodríguez, madre del procesado, como lo enfatiza el recurrente, ¿cuál es el interés jurídico de éste para solicitar que se case un fallo por este motivo? Y si tal depósito correspondía a Ramiro León Cifuentes Aguirre, a quien apodera el impugnador, ¿cuál es el agravio y cuál la incompetencia del Tribunal para resolverse en la forma en que lo hizo? El censor se sitúa en un plano inconciliable: se acepta a María Dina Aguirre de Rodríguez como dueña de ese dinero, carece de facultad para invocar agravio a su representado, puesto que la decisión no le afecta sino que involucra a un tercero que debió actuar por cuenta propia y por medio distinto; pero si niega ese dominio y señorío y lo reconoce en su poderdante, Cifuentes Aguirre, la determinación del Tribunal resulta procedente, porque éste no hizo más que afirmar que éste era el titular de esa cuenta.

De otro lado, la ley sustantiva y procedimental ordenan la inmovilización de los efectos que provengan de la ejecución del delito —artículos 59, Código Penal, 350 y 727 del Código de Procedimiento Penal—. Cuando se afirma, como en el caso *sub judice,* que esa cuenta se formó y alimentó con los dineros provenientes del abuso de confianza cometido en perjuicio de la Chrysler Credit Company S. A., y que la mínima parte que en la misma pudo recibir el procesado de manos de la señora María Dina Aguirre, fue retirado en beneficio de ésta, no se está de espaldas a un significativo aporte probatorio existente en la investigación, ni se está tomando una decisión que rebase las atribuciones del juez penal. El funcionario de esta especialidad apenas realizó un cometido impuesto por la propia ley, evitando que una maniobra de última hora, ostensiblemente forzada y acomodaticia, pudiera burlar la acción de entrega de parte reducida de lo que fue objeto de la apropiación ilícita. La decisión que se critica no fue extraña a la órbita penal y por tanto se ajustó a derecho, máxime cuando correspondió a las consecuencias lógicas de los elementos de convicción aportados en este específico sentido.

Conviene agregar que, el memorialista, omitió considerar las convincentes glosas expresadas por el Tribunal sobre este punto. Valga repetirlas ahora textualmente: "... Se sabe que el ilícito a que se refieren las presentes diligencias se cometió desde mayo de 1974 hasta septiembre de 1975. Dentro de ese lapso se abrió por parte del condenado la cuenta UPAC en la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas el día 11 de junio de 1975; además basta una simple confrontación para saber que tal cuenta se abrió con el cheque número 783138 del Banco de Colombia (véanse folios 64, 250 del cuaderno principal y 349 del cuaderno de copias) y es sabido que esa cuenta y las demás que tenía el sindicado se proveyeron con dineros de la Chrysler Credit Company. Así mismo, las demás consignaciones de 'Las Villas' fueron hechas con este sistema, como puede verse con un estudio cooperativo y pormenorizado de los documentos originales o en fotocopias que obran en el proceso.

"Si lo anterior es evidente, es obvio que en el presente caso el dinero depositado a 'Las Villas' pertenece a la Chrysler Credit Company, ya que la mamá del condenado ni siquiera ha acertado a decir cuál fue la cuantía del hipotético préstamo y para ello bastaría con leer su memorial del folio 311, en donde da a entender que hizo un préstamo para abrir la cuenta, mientras que si se atiende a este hecho, debe concluirse que tal señora dispuso de una cantidad muy superior a aquella con que abrió la cuenta al sacar de esta cuenta el día 15 de septiembre de 1975 la suma de $ 150.000.00, fecha en que ya la cuenta había sido traspasada.

"Constituye un dato muy significativo que complementa lo anterior, la circunstancia de que el traspaso de la cuenta se haya hecho justamente el día en que se formuló denuncia penal contra Ramiro León Cifuentes Aguirre. Todo esto nos está indicando que el dinero que en tal cuenta aparecía pertenece a la compañía que se constituyó en parte civil dentro de este proceso ...". Ante esta situación, el recurrente debió enfrentar el mérito de esta argumentación (violación indirecta de la ley sustantiva —artículo 580, causal 1ª, aparte 2º—), pero prefirió sustraerse a esta controversia, tal vez por la bondad del análisis transcrito, y suponer, más bien, la nulidad del procedimiento.

El cargo no prospera.

La segunda causal que se invoca es la relacionada con la interpretación errónea del artículo 36 del Código Penal y, por ende, aplicación in-

debida de los numerales 5 y 6 del artículo 37 y del artículo 39 ibídem.

La censura pretende demostrar que el Tribunal "agravó la pena tres veces por las mismas circunstancias". Pero, en realidad tal deformación de criterio inexiste.

No hay discrepancia alguna, tal como está concebida la alegación, en que el delito cometido por Cifuentes Aguirre, lo fue en las modalidades de continuado y en cuantía superior a diez mil pesos (artículos 32, 412 y 414 del Código Penal).

Tampoco puede discreparse en cuanto a la incidencia de las circunstancias de mayor peligrosidad que especifica el artículo 37 en sus numerales 5 y 6. Las modalidades del hecho demuestran palmariamente una preparación ponderada en su ejecución, sin que esta circunstancia constituya elemento típico exclusivo de los delitos que traducen la cuantía aludida y la modalidad de la continuación. Esas mismas características de la conducta realizada, evidencian una dificultad en la defensa, por parte de la empresa afectada, de los bienes apropiados, circunstancia que no es privativa del delito de abuso de confianza.

Pues bien, el Tribunal como fundamento de la dosificación de la pena, anota:

1. La pena básica señalada en el artículo 412 del Código Penal (6 meses a 3 años de prisión) puede duplicarse (1 a 6 años de prisión) por efecto de la cuantía (artículo 414 ibídem, aunque por equivocación se cita el artículo 313).

2. Para ubicarse dentro de este mínimo y este máximo, el Tribunal recuerda que el artículo 36 suministra un criterio general: la personalidad del delincuente, la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad.

3. Tomando la gravedad del hecho (apropiación de cerca de dos millones de pesos) y la personalidad no peligrosa de su autor, deduce acertadamente que este último factor no tiene, pese a su importancia, predominio absoluto. Por eso un delincuente de extremada peligrosidad, autor de leve *conducta, debe ser sancionado con más benignidad que uno no peligroso pero que incurre en delito* grave.

4. De ahí que considera a Cifuentes Aguirre como sujeto no peligroso, pero que consumó atentado patrimonial de notoria e innegable gravedad.

6. La reflexión del Tribunal continúa emitiéndose en forma clara y sencilla: si la infracción da lugar, por cuantía abstracta (superior a los diez mil pesos, artículo 414 del Código Penal), a una pena de 1 a 6 años de prisión, al considerar el valor de lo apropiado (aproximadamente dos millones de pesos), no hay rigor ni severidad sino justa adecuación, tomar como pena básica, por la gravedad del hecho, veintiséis meses de prisión. Muy lógica y atendible es la presentación del concepto en este punto. En otras palabras consiste en afirmar que el fenómeno cuantía, cuando opera como agravante, permite una sanción de 1 a 6 años; pero como la suma de lo apropiado fue cuantiosa, constituye conveniente proporción de pena separarse de ese mínimo a intensificarlo debidamente. No se viola así el principio del non bis in idem. *El mínimo de pena, por el aspecto de la cuantía, sólo puede aplicarse si lo apropiado* apenas *excede los diez mil pesos. Imposible imaginar que, en este ámbito, se equivalgan apropiaciones de esta reducida cuantía con ilícitos de dos, cinco, veinte o más millones de pesos. Sería una interpretación incorrecta e injusta de las disposiciones en juego.*

Conviene advertir, de otro lado, que la referencia del Tribunal al máximo de pena imponible, no traduce adscripción a ese quantum. *Lo que quiso expresar fue la mermada entidad del aumento dispuesto en razón de la comentada gravedad de los hechos al correlacionárselo con ese máximo autorizado por el legislador.*

No hay motivo para censurar al Tribunal cuando partió de veintiséis meses de prisión, atendiendo a la gravedad del hecho.

Luego verificó el aumento previsto en el artículo 32 del Código Penal. Podía intensificar la pena de un año, dos meses a nueve años. Aquí el fenómeno de la continuidad también representa un aspecto abstracto y otro concreto. El primero lo satisface la hipótesis general del citado artículo 32 (de una sexta parte a la mitad); el segundo es la valuación específica del comportamiento: todos los delitos continuados no son idénticos en su gravedad. En otros términos, no es lo mismo tres o cuatro actos, ejecutados bajo el mismo designio en breve tiempo, que su repetición constante (veinte, cincuenta o más veces) en un extenso período. A aquél le podrá corresponder el mínimo de la agravación, pero a este último una pena mayor.

La conducta de Cifuentes Aguirre mereció, por este particularizado concepto, un aumento de diez meses. No se observa abusiva cuantificación de pena, ni exceso criticable en el ejercicio de la facultad discrecional que se otorga al juez para

oscilar entre los mínimos y máximos dispuestos por la ley. No operó el capricho, ni la arbitrariedad, ni la fantasía del fallador, sino su ponderación, obediente a criterios reales y lógicos. Esto le da justicia a su función.

Finalmente, ya explicada la existencia de las circunstancias de mayor peligrosidad consagradas en los numerales 5 y 6 del artículo 37 del Código Penal, se elevó la pena, por estos factores, en dos meses, resultando un total de treinta y ocho meses de prisión. Muy benévola fue la tasación. Bastaría, por fuera de estas detalladas explicaciones, meditar en lo que cuesta, en horas de trabajo honrado, acercarse a la cifra escamoteada por el procesado.

No se malinterpretó el artículo 36, ni se incurrió en indebida aplicación de los artículos 37 y 39. La sanción fue dispensada siguiendo correctas orientaciones. El recurrente ha creído, erradamente, que la cuantía es una y como tal influye en forma indiscriminada, sin que pueda mirarse en su específica y concreta intensidad. Ha pensado, también equivocadamente, que la continuidad es la misma para todos los delitos. Pretende, sin fundamento, que para poder elevar los mínimos propios a los fenómenos de agravación previstos en los artículos 32 y 414 del Código Penal, deben computarse sólo circunstancias de mayor peligrosidad (artículo 37), sin que valga a este fin la gravedad misma del hecho (artículo 36 ibídem).

El cargo tampoco prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO SE CASA el fallo acusado.

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

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

J. Evencio Posada V
Secretario.

FUGA DE PRESOS

La función de custodiar o vigilar a un detenido, si bien está en la ley atribuida a determinados funcionarios, puede darse el caso que tal obligación se predique de quienes no tienen específicamente tal misión, como sería y lo es, en el caso de los jueces de cualquier categoría

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 21 de marzo 15/78.

Bogotá, D. E., marzo 16 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Mediante providencia del veinticinco de agosto del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Ibagué condenó al doctor Luis Evelio Sánchez Rodríguez, Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal "a la pena principal de tres (3) meses de arresto, como responsable del delito de fuga de presos", en la modalidad a que se refiere la última parte del artículo 205 del Código Penal.

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el defensor del procesado para ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos

En el auto de enjuiciamiento los resumió el Tribunal, así:

"La presente investigación se inició con base en las copias expedidas por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, para investigar lo relacionado con la conducta del Juez Treinta y Cuatro, en la fuga del sujeto Carlos Ariel Caviedes Salazar, hechos que tuvieron ocurrencia en el Municipio de Alpujarra el día dos de julio del corriente año".

"El doctor Luis Evelio Sánchez Rodríguez, en su calidad de Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal del Tolima, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Alpujarra, el día 2 de julio de 1976, formuló, denuncia por el delito de fuga de presos contra Carlos Ariel Caviedes Salazar. Refiere el aludido doctor Sánchez Rodríguez que fue comisionado por un Juzgado Superior del Espinal, para llevar a cabo, con la asistencia del procesado, Caviedes Salazar, la diligencia de reconstrucción de los hechos, habiendo salido de su sede en Dolores el día primero de julio hacia el sitio en donde debía efectuarse y a la hora de las nueve de la noche; que dicha diligencia terminó en el caserío de La Arada y allí libró un oficio al agente que comandaba la patrulla que los había acompañado, en donde les (sic) manifestaba que el procesado Carlos Ariel Caviedes quedaba bajo su responsabilidad, por cuanto continuaba hacia la población de Alpujarra, en donde dejaría al detenido por cuenta de la Policía de ese lugar para que de allí fuera trasladado al Espinal. Que viajó a Alpujarra ante la insistencia de los familiares y del defensor del sindicado, para que éste pudiera estar un rato con sus familiares, ya que hacía poco había fallecido un allegado. Que en la casa de la familia Caviedes Salazar estuvo él con el personal de la diligencia, en donde se tomaron unos pocos tragos de whisky y ya en las horas de la madrugada, notó la desaparición de Carlos Ariel procediendo entonces a buscarlo, sin resultado positivo alguno, procediendo entonces a formular la denuncia ... etc.".

En el proceso se estableció la calidad de funcionario público del condenado, así como el ejercicio de la función en el caso concreto que dio origen a la investigación y a la sentencia recurrida, igual que el hecho ilícito —evasión o fuga

del detenido Caviedes Salazar—, de donde surgiría la responsabilidad del funcionario.

Las razones de la defensa

En el presente proceso, los apoderados que han llevado la vocería del funcionario condenado, sostuvieron, ante el Tribunal y ahora en la Corte, que la conducta que se imputa al juez Sánchez Rodríguez no corresponde a la figura típica descrita y sancionada en el artículo 205 del Código Penal, por lo que, dándose una situación de "atipicidad" no era jurídicamente posible dictar sentencia de condena, y lo procedente, por lo mismo, es revocar la dictada por el Tribunal y para que en su lugar se reconozca la inocencia del Juez Instructor.

En el alegato presentado por el señor defensor del procesado ante la Corte, dice el memorialista, y luego de las pertinentes citas de la parte considerativa de la sentencia que en "el delito de fuga ... el juez puede ser sujeto activo del delito en el caso de permisos ilegales ... caso que citó el honorable Tribunal y que no encaja dentro de este especial evento, máxime si se tiene en cuenta que no admite la modalidad culposa. El juez tiene funciones de carácter jurisdiccional y en oportunidades tiene algunas administrativas taxativamente enumeradas por la ley ... Pero nadie puede decir que el juez, sea o pueda ser, legítimamente, quien esté encargado de la custodia, conducción o cuidado de los detenidos o condenados ... Podría el legislador crear una modalidad nueva para tales casos, pero mientras ello no ocurra, debemos seguir respetando el principio *nullum crimen sine lege,* que se especifica y tecnifica en el principio de la tipicidad".

Los fundamentos de la sentencia

El Tribunal, en la sentencia apelada, y luego de la cita correspondiente de las normas que autorizan a tomar una determinación del rango de la que ocupa la atención de la Corte, dice que "no cabe la menor duda de que los jueces sí pueden ser sujetos activos del delito de fuga de presos previstos en el artículo 205 del Código Penal, aunque en sentido literal ellos no son los encargados de la vigilancia, conducción o custodia de los detenidos o presos. Sería por demás aberrante que los encargados de administrar justicia y por ello con deberes de mayor responsabilidad ante la sociedad, pudieran ser invulnerables ante un acto ilícito como el de incurrir con su actividad en la fuga de un detenido o preso". Entonces, si es cierto que los jueces ... no son los funcionarios encargados de aquellas labores a que se viene haciendo mención, sí puede presentarse el caso de que, al tomarse por sí atribuciones ajenas a su cargo, sean dignos de cometer el delito contemplado en el artículo 205 del Código Penal.

En apoyo de esta premisa, el fallo cita la opinión de algún doctrinante colombiano.

Se considera

El delito definido y sancionado en el artículo 205 del estatuto penal, pertenece a la categoría de los delitos que atentan contra la Administración de Justicia, y más específicamente, de aquellas infracciones que ofenden de manera clara y directa la autoridad de las decisiones judiciales como que a través de la infracción de tales normas se ofende la autoridad y la eficacia práctica de las mismas decisiones.

Se trata, en primer término, y como claramente se advierte con la simple lectura de la norma, de un delito con sujeto activo calificado —funcionario o empleado público— que, además, debe tener como función la de vigilar, custodiar o conducir a un detenido o preso, según reza la primera parte del artículo 205 que se refiere a la hipótesis o modalidad delictiva realizada por el funcionario o empleado, con dolo.

Pero la ley, quiso ser especialmente severa con este tipo de delitos y por ello consagró una modalidad culposa que es a la que se refiere la segunda parte de la referida norma, y en la que el Tribunal de Ibagué entendió que encajaba la conducta del juez instructor.

El tema fundamental que se plantea en el caso sub examen *se refiere al concepto y extensión que deba darse al presupuesto de la conducta del agente relacionado con la función o encargo de la custodia, vigilancia o conducción del detenido o preso. El Tribunal, ya se vio, considera que no debe entenderse en forma absolutamente específica, como que solamente se pueda exigir a los guardianes de cárceles y directores de establecimientos de esa índole, el cumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo citado. Se desprende del texto del fallo recurrido, que la función de custodiar o vigilar a un detenido, si bien está en la ley atribuida a determinados funcionarios, puede darse el caso que tal obligación se predique de quienes no tienen específicamente*

tal misión, como sería, y lo es, en el caso, el de los jueces de cualquier categoría.

Acierta el Tribunal en esta afirmación por cuanto es innegable que si en alguna eventualidad un funcionario o empleado público que no tiene las específicas funciones definidas en la norma, como sería el caso de un juez, se coloca por razón y en ejercicio de sus funciones en la necesidad de vigilar o custodiar un detenido, surge, por ministerio de la ley, la capacidad jurídica de convertirse en autor del hecho descrito y sancionado en la referida disposición legal. No se ve, evidentemente, por cuál razón, si existiendo el presupuesto lógico del ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del juez, por el simple hecho de que no tenga la función permanente y específica de vigilar a los detenidos o presos, no pueda ser autor del delito en relación con un detenido *o con* un preso *que, se repite, por razón del ejercicio de la función jurisdiccional suya, ha quedado bajo su cuidado.*

Es claro que ese deber de vigilancia para los jueces no puede predicarse también en relación con todos los detenidos o presos que lo estén por virtud de providencias dictadas en procesos adelantados por el mismo juez, pero puede suceder, y es el caso que se examina, que la función de custodia sea asumida por el propio funcionario jurisdiccional, con mucho mayor razón cuando él, como en el caso de autos, definitivamente dispuso mediante orden impartida a la Policía, que el detenido que lo había invitado a su casa, sería puesto a órdenes de las autoridades policivas de Alpujarra, para que luego fuera conducido a la cárcel de El Espinal. Al tomar esa determinación el juez, se repite, estaba asumiendo la responsabilidad clara, precisa, terminante y definitiva de vigilar y de custodiar al detenido, asumiendo entonces la responsabilidad por cualquier suceso posterior que se presentara, como el que en la práctica acaeció y relativo a la fuga del preso.

La función de vigilancia o de custodia de que trata la ley, como presupuesto de la responsabilidad, no debe entenderse entonces, en forma tan estrecha como para que se pueda sostener que los jueces estarían eximidos de tales deberes, pese a que por su propia voluntad, y mediante orden obligatoria para quienes tenían el específico deber de la vigilancia y la guarda del detenido, la han asumido en forma directa, como sucedió con el Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal.

No es, ni puede ser entonces, la misma situación la del funcionario en las hipótesis referidas, a la del particular, que en ejercicio de la facultad que le otorga la ley (artículo 428 del Código de Procedimiento Penal), aprehende a una persona, cuya captura ha sido públicamente requerida, porque para el particular, apenas nace la obligación de conducir al aprehendido ante la autoridad, pero no la de vigilarlo y custodiarlo, como lo manda el artículo 205 del Código Penal.

Para que surja la responsabilidad del funcionario o empleado público se requiere que el detenido o preso se fugue, sin que por tal evento deba entenderse, como lo reconocen doctrina y jurisprudencia, que el sujeto que se evade lo haga de un lugar cerrado o de un establecimiento carcelario, siendo suficiente a integrar tal suceso el sustraerse completamente a la esfera de vigilancia de los agentes, o de quien eventualmente está ejerciendo legítimamente un real poder de custodia sobre el sujeto que al fugarse, viola concientemente el vínculo restrictivo de la libertad personal, sin que tampoco sea necesario que quien lo custodiaba, hubiera tenido necesidad de tomar particulares medidas de cautela para evitar la fuga.

El evento, o resultado que hace surgir la responsabilidad culposa para la conducta del funcionario se concreta pues, en la efectiva fuga o evasión del sujeto detenido o preso, que responderá por el correspondiente delito, a título de dolo. La conducta culposa del funcionario se coloca en relación con la fuga, como causa eficiente de la misma. Es decir, que la conducta culposa del funcionario debe haber sido aprovechada por el evadido para fugarse, colocándose ésta, entonces, y como se anotó, como con causa de la fuga.

Este presupuesto que hace parte del elemento material del delito se halla establecido en el proceso, puesto que se ha demostrado que el sujeto Caviedes Salazar aprovechó la circunstancia de estar en su casa, gracias a la condescendencia del instructor, para evadirse.

Por el aspecto subjetivo la conducta se sanciona a título de culpa, la cual se expresa en aquellas actitudes culposas ordinarias que se manifiestan en conductas imprudentes o negligentes, sin que se haga necesaria una especial consideración al grado de tal culpa.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego del pormenorizado examen del fallo recurrido, pide a la Corte su confirmación. Suficientes aparecen las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala Penal—, admi-

nistrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelva CONFIRMAR en su integridad la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Lizandro Martínez Z. (conjuez), *Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V.
Secretario.

ROBO. USO DE LLAVES

Cuando se usan llaves sustraídas o falsas, ya se está en presencia, por voluntad de la ley (Código Penal, artículo 404) de una violencia no material o moral, sino presunta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 20 de marzo 14/78.

Bogotá, D. E., marzo 16 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga en contra de la sentencia del 31 de marzo de 1977, emitida en el proceso por "robo" seguido a Bernardo Bermúdez Sánchez y a Olmedo Ospina Delgado y confirmatoria de la que en primera instancia dictó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá el día 14 de mayo de 1976 para imponer a cada uno de los procesados la pena principal de cinco (5) años de presidio y las sanciones accesorias correspondientes.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Ante la Alcaldía Municipal de Trujillo, Departamento del Valle, el señor Jorge Penilla Moriones presentó denuncia el día 14 de enero de 1975, para decir que del garaje que tiene en la finca denominada "La Gaviota" (Corregimiento de Los Cristales) fue sustraído un campero (marca "Willys", modelo 1954, color verde, capacidad para cinco pasajeros, número de motor 4J-33518, placas NP-0045, servicio particular) de propiedad de su esposa Dora Elena Beltrán de Padilla. Por el día domingo 12 del mes de la denuncia no fue encontrado dicho vehículo en el garaje que había sido cerrado previamente con candados que no exhiben señales de violencia. El aparato fue avaluado, dentro del proceso, en la suma de $ 60.000.00. Aparecen sindicados en este caso los individuos llamados Bernardo Bermúdez Sánchez, Olmedo Ospina Delgado y Carlos Galvis Navia. De los tres los dos primeros fueron enjuiciados y condenados y se sobreseyó definitivamente al tercero.

2. La actuación procesal subsiguiente:

La investigación se inició en el Juzgado Penal Municipal de Trujillo y fue continuada por el Juzgado Trece de Instrucción Criminal. Allí fueron indagados Luis Carlos Galvis Navia y Bernardo Bermúdez Sánchez y detenidos mediante providencia del 21 de enero de 1975 por un delito de hurto. Posteriormente fue liberado incondicionalmente Galvis Navia. El asunto pasó, por competencia, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, en donde al resolver sobre una petición de revocatoria del auto de detención se modificó la precalificación inicial y se habló de robo mediante la utilización de llaves falsas. Olmedo Ospina Delgado, contra quien aparecían cargos, fue emplazado. Cerrada la investigación Bermúdez Sánchez y Ospina Delgado fueron llamados a responder en juicio por un delito de robo agravado y Galvis Navia resultó definitivamente sobreseído. Nuevamente se emplazó al ausente, esta vez para la debida notificación del auto de proceder. Apelada la providencia de calificación recibió confirmación del Tribunal de Buga, en providencia de la cual uno de los Magistrados salvó su voto. El Fiscal había solicitado la reforma del enjuiciamiento para que se eliminara el robo y se cargara a los procesados un delito de hurto. Durante la secuela del juicio no se practicó ninguna prueba y luego de realizada la audiencia pública en la cual los defensores de los encausados solicitaron sus absoluciones por ausencia de plena prueba para condenar, se emi-

tió la sentencia de primera instancia (14 de mayo de 1976), en la cual se impuso a los procesados la pena total de cinco (5) años de presidio como autores responsables del delito de "robo" en las hipótesis previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 404 del Código Penal. Dicha sentencia no fue apelada y subió a la segunda instancia por consulta. Allí nuevamente el Fiscal alegó para pedir esta vez la anulación de la actuación por errónea calificación jurídica de la infracción (numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) por considerar que no se trataba de robo sino de hurto. La sentencia que se produjo fue confirmatoria de la de primera instancia y se adoptó por mayoría de votos en la Sala de Decisión. Contra esta sentencia se interpuso, concedió y sustanció el recurso extraordinario de casación.

3. La demanda de casación y la causal invocada:

Sostiene la demanda que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad (artículo 580, numeral 4º, Código de Procedimiento Penal) "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (numeral 5º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal). Lo dicho, porque la sentencia se fundamenta en una doctrina de la Corte que ya ha sido revaluada y según la cual podía hablarse del delito de robo por la sola utilización de llaves falsas sin ejercicio de violencia real. Cita en su apoyo una providencia de esta Sala que lleva fecha del 8 de marzo de 1974 y la transcribe en su casi totalidad. Concluye así:

"La transcripción precedente sirve entonces para concluir que en ninguna forma la utilización de llaves falsas, que es lo aceptado por el sentenciador en este proceso como violencia, puede constituir la circunstancia tipificante del delito de robo, pues esta especie delictuosa requiere que medie la violencia en alguna de las formas señaladas en el artículo 402 del Código Penal.

"Por consiguiente, como en el auto calificatorio del mérito del sumario se incurrió en el error anotado, es decir, se adujo como robo lo que es hurto, porque no medió violencia para la sustracción investigada, el juicio está viciado de nulidad y la honorable Corte debe entonces declarar, en aplicación del ordinal 4º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, que el proceso seguido a los acusados Bermúdez Sánchez y Ospina Delgado queda nuevamente en estado de sumario, para recibir calificación legal, porque la invalidación comprende desde el auto de proceder, inclusive, sin que se afecte por ello el sobreseimiento definitivo decretado para el tercer sindicado".

4. El concepto del Ministerio Público:

Para los efectos del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal se le corrió traslado de la demanda al Ministerio Público. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda por no estar de acuerdo con las alegaciones del Fiscal recurrente. Dice así: "Si bien se apoya el recurso en sentencias anteriores de la honorable Corte, no está de acuerdo este Despacho con dicho planteamiento porque considera que el uso de llaves falsas o ilícitamente obtenidas, aunque no exista violencia en otra forma o no se compruebe, configura el delito de robo en la modalidad contemplada por el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal y así la calificación es exacta; la acción expresada en cuanto neutraliza o deja sin efecto por el uso de llaves falsas las seguridades colocadas por el dueño de los objetos, implica aunque no exija daño o destrucción para obtener el apoderamiento —claramente una forma de violencia—, que no podría sancionarse como un hurto común, en el cual el agente del delito se limita a tomar los objetos a su alcance, sin necesidad de acudir a otros medios; como también ocurre en el escalamiento sin que se ejerza violencia en otra forma, pues representa innegablemente un atentado de mayor entidad al patrimonio privado, bien jurídico que se trata de proteger a través de las mencionadas normas".

5. Las consideraciones de la Sala:

Las interpretaciones jurisprudenciales para algunos de los aspectos de comisión del delito de robo tal como se prevé en los distintos numerales que conforman el artículo 404 del Código Penal, no han sido unitarias ni constantes. Los principales puntos de divergencia están constituidos por la primera parte del numeral 1º ("en despoblado ...."), la parte final del numeral 3º ("con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar") y a todo el numeral 2º ("si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente"). En los demás aspectos de la norma sí ha existido uniformidad y constancia.

Inicialmente se consideró que el artículo 404 del Código Penal estatuía modalidades específicas y autónomas para el robo a las cuales el legislador quiso sancionar más severamente dándole

una pena propia, con un mínimo o un máximo independientes de los previstos para el artículo 402, y presumiendo o fingiendo la violencia en varias de las conductas allí descritas (las señaladas en los paréntesis del párrafo anterior) y determinándola, con exactitud, en otras ("con armas" en el numeral 1º, "con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas" en el numeral 3º, y "cuando la violencia ejercitada sobre las personas consiste en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar" en el numeral 4º). Más tarde, hacia el año de 1970, se abrió paso la doctrina que encontraba una unión indisoluble entre los artículos 402 y 404 del Código Penal, y se llegó a la conclusión de que la única presunción que en tema de robo existía era aquella que se refería al abuso de la debilidad de un menor (artículo 2º de la Ley 4ª de 1943), que se trocó luego en abuso de la debilidad de la víctima (artículo 8º de la Ley 21 de 1973), y al abolirse la tendencia jurisprudencial que venía desde 1938, se optó por exigir la existencia de una violencia real aun en los casos señalados en los paréntesis del párrafo que antecede. Luego, mediante sentencia del 7 de febrero de este año de 1978 se retornó, por mayoría de votos en la Sala, a la tesis expuesta en primer término y, para el caso concreto de la utilización de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, se mantuvo la denominación de robo, ubicable en el numeral 3º del artículo 404, y no de hurto como sucedía con la doctrina anterior. Dice así la nueva jurisprudencia que aquí se reitera:

"De otra parte, cuando se usan llaves sustraídas o falsas, lo mismo que cuando se penetra en un lugar cualquiera mediante escalamiento, ya se está en presencia, por voluntad de la Ley (Código Penal, artículo 404), de una forma de violencia, no material o moral, sino presunta, por cuanto esas modalidades comisivas de la conducta punible han sido asimiladas a la fuerza por obra del legislador, fenómeno no extraño al derecho penal colombiano, el cual en varias disposiciones ha presumido la fuerza, como ocurre con la violencia carnal de que trata el inciso 2º del artículo 316, llamada con razón ope legis *o aún en el mismo capítulo referente al robo, con la modalidad consistente en abusar de la debilidad de un menor".*

El censor, en el caso de autos, apoya su demanda en una de las manifestaciones de la doctrina que aquí se recoge una vez más, la que aparece en la sentencia de 8 de marzo de 1974, para alegar una errónea calificación jurídica de la infracción que encuentra en el auto de proceder, pues en su concepto debió enjuiciarse por hurto ante la comprobación de la utilización de llaves falsas o ganzúas, y no por robo como acontece en el caso de autos. La misma providencia en cita sirve para rechazar la alegación e impedir que el cargo prospere. Dice así en su parte pertinente:

"No se está frente a un error en la denominación jurídica de la infracción, como se pretende en la demanda, porque la simple redacción de la parte inicial del invocado artículo 404 del Código Penal no implica una referencia a la norma 402 del mismo estatuto en forma que presuponga, necesariamente, que deba proceder la conducta descrita en este último para que se den las agravantes que consagra el primero, ya que si así fuera, lo menos que podría consignarse es que la regla primeramente mencionada es redundante, pues vuelve a exigir, en algunas de las modalidades que contempla, el empleo de la fuerza. Se trata, pues, de modos comportamentales que el legislador sanciona más severamente por razones de política criminal, puesto que en casos como el presente, 'la defensa privada resulta impotente contra los delincuentes que no se detienen ante la acción restrictiva de una cerradura. La protección social debe ser tanto más enérgica y asidua, cuanto mayores son los obstáculos de origen privado que ha salvado el malhechor para cometer su delito', según acertado criterio de Irureta Goyena".

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Jesús Bernal Pinzón y José María Velasco Guerrero.

Los suscritos magistrados nos separamos de la sentencia de mayoría, muy respetuosamente, con las razones que sirvieron a la Sala para proferir el fallo de 8 de marzo de 1974 que ahora cobran pleno valor, y que se reproducen a continuación:

"Dicho en otras palabras, la censura no acepta que el artículo mencionado contenga entre sus numerales categorías específicas de robo agravado que no necesitan para su configuración de la violencia real, sino que en sus casos concretos, el legislador la finge o presume. Dichas hipótesis serían la primera de su numeral 1º, la del numeral 2º y las del numeral 3º en los apartes que rezan *con escalamiento de muros; con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.*

. . . . . .

El legislador colombiano, a diferencia de otros extranjeros, pero en coincidencia con algunos de ellos, no hizo del robo circunstancia agravante del delito de hurto, ni de éste un tipo básico fundamental cuya aplicación específica sería el delito de robo, sino dos categorías autónomas, que regló en capítulos separados, aunque dentro del mismo título del Código Penal.

Una y otra categoría de ilícitos exhiben circunstancias peculiares de agravación, y otras de naturaleza genérica y de aplicación a los dos.

Es evidente, como lo sostiene la doctrina tradicional de la Corte y lo comparte el salvamento de voto, que algunas de las circunstancias de agravación prescritas en el artículo 404 podrían ser comunes al delito de hurto, tales como la primera, en cuanto con él se compadece, o sea, *si se cometiere en despoblado.* O la del numeral segundo *si los autores, siendo más de tres estuvieren organizados en cuadrilla permanente.* Y dos de las circunstancias previstas en su numeral tercero *con escalamiento de muro; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.*

Pero las equivocaciones del legislador, sus incongruencias, no pueden ni deben serle corregidas por los jueces, cuya tarea, en sus más altos niveles, persigue la unificación de la jurisprudencia, al favor de la más rigurosa y estricta interpretación de la ley, pero sin rebasar sus alcances y sin disminuirlos, pues en ello consiste la más reiterada forma de su violación.

Las presunciones y las ficciones legales son de uso discreto por el legislador, y de carácter excepcional. Por lo mismo deberán prescribirse en forma expresa, concreta, específica, de modo que no den lugar a equívocos. Y los jueces han de interpretarlas por idéntico modo, restrictivamente, como corresponde a su índole peculiar. Esto es importante, muy especialmente en el Derecho Penal, materia que exige los más finos criterios de precisión, lo mismo en el legislador que en el intérprete, con miras a garantizar la libertad humana que no ha de verse restringida sino en los casos singulares, claramente puntualizados en el estatuto represor.

La pena de robo —dice el artículo 404 será de tres a catorce años de presidio—, en los siguientes casos:

1º Si se cometiere en despoblado o con armas. Es decir, si el robo se llevare a efecto dentro de esas precisas circunstancias. La una hace referencia al lugar, o sea *en despoblado,* y la otra al medio empleado para ejecutar la violencia: *o con armas.*

2º Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

Este apartado, por referirse a la organización en sí de los sujetos activos del delito que deben ser más de tres o estar organizados en cuadrilla permanente, por sí solo, sin la sustracción de cosa mueble ajena acompañada de violencia, sería irrelevante jurídicamente si no fuese porque, en ello, ser más de tres, organizados en forma permanente y con el propósito de cometer delitos, consiste la asociación para delinquir.

3º *Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.*

Tres hipótesis contempla este numeral 3º. La primera, o sea cometer el delito con perforación o fractura de pared, techo o pavimento, puerta o ventana, por la violencia que entraña, configura el robo, que se agrava por el hecho de practicarse aquella en lugar habitado o en sus dependencias. La comisión se hace extensiva en las hipótesis restantes al robo con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, que son los modos específicos de su ejecución. De las tres hipótesis, solamente una —'. . . perforación o fractura de pared, techo o pavimento. . . '—, lleva implícita la

forma de la sustracción que se agrava en el supuesto allí contemplado y la ejecución en lugar habitado o en sus dependencias.

Aquí la violencia es condición expresa de la ejecución del hecho, y la presencia de lugar habitado, circunstancia inexcusable de agravación.

Lo propio ocurre cuando el hecho se comete con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregados a él, por mandato expreso del artículo 404 del Código Penal, son circunstancias ... de la responsabilidad del agente, que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.

Como el numeral 4º hace referencia directa a la violencia ejercitada sobre personas, de modo específico, excusa el comentario de la Corte, ya que aquí la forma de ejecución de la violencia se traduce en agravante.

Cuando el precepto se analiza en su conjunto, en forma articulada, aparece claro que la intención del legislador fue la de establecer en él circunstancias agravantes del robo que el artículo 402, inmediatamente anterior, define como el apoderamiento de cosa mueble ajena, por medio de violencia a las personas o a las cosas, o de amenazas, o abusando de la debilidad de la víctima (artículo 8º, Ley 21 de 1973).

El artículo habla de dos formas de violencia. Violencia física común a las personas y a las cosas. Violencia moral, privativa de las personas.

Aquí sí el legislador estableció una presunción inequívoca, cuando dijo —*o abusando de la debilidad de la víctima,* sin especificarla— por manera que el simple abuso de la debilidad física o mental es equiparable, para los efectos de la tipificación del robo, a la violencia.

Ninguna otra ficción distinta de la establecida en el acápite del artículo 402 contiene el Estatuto del Código Penal correspondiente al delito de robo. Y las que como tales se han querido entrever en el artículo 404, como figuras autónomas de ese delito, en confusa mezcla con circunstancias agravantes del mismo, no lo son, y, por el contrario, cada una de ellas exige como condición de su posibilidad, la preexistencia del robo al que accede como circunstancia agravante específica, todas traducen una forma adverbial de tiempo, modo o lugar, de ejecución de la violencia como elemento típico del robo —en despoblado, o con armas, con fractura de techo, pavimento, de lugares habitados, etc.—, o la presuponen como antecedente o consecuente al escalamiento de muros, o al de llaves falsas o a la constitución de tres o más personas en cuadrilla permanente para delinquir y del caso en que la violencia imposibilita a las víctimas, con ataduras o mordazas.

Es evidente que en legislaciones foráneas el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas o sustraídas, de ganzúas o de otro elemento cualquiera, apto para abrir cerraduras o vencer seguridades, sin violencia, seguido de la sustracción de cosa mueble ajena, es constitutivo de robo agravado, porque así lo ha querido su legislador, consagrando en forma expresa esta figura de excepción.

No es este el caso colombiano. Como ya se dijo, nuestro legislador en el Título XVI, Capítulos I y II del Código Penal, instituyó el hurto y el robo como figuras autónomas y estableció agravantes comunes a los dos en los artículos 398, 399 y 403 del Código Penal, específicas del robo las de su artículo 404.

Y si la doctrina de la Corte tiene admitido que el escalamiento califica el robo sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias, pues no implica siempre violencia, asimilado como ha sido a ella por una ficción legislativa, al igual que el uso de las llaves legítimas sustraídas por el agente, o de llaves copiadas, o el uso de ganzúas o artefactos de parecida índole, luego de meditar una vez más sobre el problema ha llegado a la conclusión que se precisa en los párrafos anteriores, que compaginan mejor con el contexto del artículo 404 y sirve, no cabe duda, para informar con su espíritu el sentido de cada uno de sus numerales, correlacionándolos armónicamente y haciendo que su naturaleza y circunstancias agravantes conserven su unidad dentro de sus modalidades diferentes.

De aplicación universal con los principios de hermenéutica jurídica que aconsejan interpretar las leyes prohibitivas sin buscarles razones de analogía para extenderlas en su aplicación a casos no expresamente comprendidos en ellas. Esta clase de normas reviste carácter excepcional y aun en materias civiles deben interpretarse restrictivamente, pero siempre y con mayor estrictez en materia penal. Con razón ha dicho la Corte que las excepciones no deben contraerse hasta el extremo de sustraer de su imperio casos que en ellas quedan expresamente comprendidos. Ni cobran magnitud más allá de sus límites al extremo de transgredir su naturaleza para convertirse en reglas. Los dos extremos configuran errores ma-

nifiestos. Mas si lo desfavorable u odioso de una disposición no ha de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su significado, cuando ella admite dos interpretaciones parificables, vale decir, igualmente lógicas, la odiosa o desfavorable debe ceder paso franco a la más benigna en que consiste el principio de favorabilidad.

Por este modo, la Corte recoge la doctrina anterior de que se hace mérito en esta providencia y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 404 del Código Penal contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo, que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carácter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo, cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente".

Así las cosas, no encontramos razón ninguna valedera para cambiar el criterio que sirvió de sustento a nuestras anteriores decisiones.

Jesús Bernal Pinzón, José María Velasco Guerrero.

Fecha ut supra.

PENAS

Graduación. Homicidio imperfecto agravado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 23, marzo 30 de 1978.

Bogotá, D. E., marzo 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Humberto Avila Barragán contra la sentencia de 10 de febrero de 1977, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Segundo Superior de Honda, le condenó a la pena principal de diez años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable del delito de *homicidio frustrado agravado*", en Sibares Lorenzo Salguero.

Hechos y actuación procesal

Con sujeción a las pruebas que obran en el expediente el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los presenta de la siguiente manera:

"El día 1º de septiembre de 1974, en las primeras horas de la mañana, cuando Sibares Lozano Salguero se hallaba en la plaza de mercado del corregimiento de Guayabal, jurisdicción del Municipio de Armero (Tolima) —después de haber evitado en varias ocasiones y poco antes la agresión o ataque de Humberto Avila Barragán—, encontrándose sentado en establecimiento de la población citada y cuando conversaba con varias personas, fue atacado por la espalda por el mencionado Avila Barragán, ocasionándole graves heridas, según el dictamen respectivo, que le produjeron 'desfiguración facial de carácter permanente, perturbación funcional en un 20% del miembro superior izquierdo de carácter transitorio' y 'perturbación funcional del oído izquierdo en un 10% de carácter permanente ...'; seguidamente el agresor se presentó a la Policía".

El Juzgado Primero Penal Municipal de Armero, con fundamento en las diligencias practicadas por la Inspección de Policía de esa misma localidad, dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (folios 13 vuelto y siguiente). Oído en indagatoria Avila Barragán (folios 16 y siguientes) y practicadas varias pruebas, el 13 de septiembre de 1974 se decretó la detención preventiva del sindicado Avila, por el "delito de 'lesiones personales'" (folios 21 y siguiente). Habiéndose llegado a la conclusión de que se estaba frente a un homicidio "imperfecto o frustrado", se enviaron las diligencias al Juzgado Superior (reparto) (folio 45). El Segundo Superior de Honda, al cual correspondió el asunto (folio 46 vuelto), abocó su conocimiento (folio 47) y decretó el cierre de investigación (folio 53 vuelto). Por auto de 8 de enero de 1975 llamó a responder en juicio criminal a Humberto Avila Barragán por el delito de homicidio imperfecto en Sibares Lozano Salguero, habiendo sentado en la parte motiva que Avila "obró bajo las circunstancia (sic) de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal"; indefensión e inferioridad y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 de la misma codificación: homicidio frustrado (folios 64 y siguientes). Recurrida la providencia por el defensor (folio 69), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por la suya de 26 de febrero del mismo año, de acuerdo con su colaborador (folios 73 y siguientes), la confirmó en su integridad (folios 76 y siguientes). Con el cumplimiento de las formalidades legales, se celebró la

respectiva audiencia pública. Al cuestionario único propuesto a la consideración del jurado, éste respondió por unanimidad: "sí es responsable, por lesiones personales" (folio 124). El juzgado del conocimiento, por auto de 20 de noviembre de 1975, declaró el veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos (folios 132 y siguientes), decisión que confirmó el Tribunal mediante providencia de 28 de enero del año siguiente (folios 151 y siguientes). Cumplida la segunda audiencia, también con sujeción a las prescripciones de la ley, el nuevo jurado rindió el siguiente veredicto: "Sí es responsable de homicidio imperfecto en la modalidad de frustrado" (folio 197). 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 esta Sala.

La demanda

A la sentencia impugnada se le formula un cargo: "Manifiesto error de hecho, lo cual es causal de casación de conformidad con el inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", pues "aplicó indebidamente los artículos 362, 363 en relación con los artículos 17 y 38 del Código Penal".

Argumenta: el Tribunal, transcribiendo prácticamente la sentencia de primera instancia, condenó a Avila a 15 años de presidio, "teniendo como fundamento el que se incurrió en el delito de homicidio frustrado agravado por parte del citado Avila Barragán, agravación contemplada en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal; pero no explica por qué le correspondería una pena mínima de quince años; ya que de hacerlo tendría que condenar no por homicidio frustrado como lo dejó expuesto el jurado de conciencia; sino por asesinato. Desde el auto procesatorio, a tiempo que se le dedujo la causal 5ª del artículo 363 del Código Penal, se le señalaron como circunstancias de menor peligrosidad las consagradas en los numerales 1º y 9º del 38, "no habiéndose en ningún momento computado y dosificado la pena como lo prescribe el artículo 39 del estatuto penal".

El 362 señala como pena máxima para el homicidio la de 14 años de presidio; el 39 dispone que sólo podrá aplicarse el máximo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo en presencia solamente de las de menor. "El fallador impuso la pena mínima, no por homicidio sino por asesinato, sin tener en cuenta, las circunstancias de menor peligrosidad y se limitó a rebajarla a diez años de presidio", en cumplimiento del artículo 17 del Código Penal.

En consecuencia: tratándose de un homicidio y militando únicamente circunstancias de menor peligrosidad, el mínimo de 8 años ha debido reducirse en atención a la frustración y, así la pena imponible apenas puede ser de 5 años, 4 meses de presidio.

Por tanto, habiéndose incurrido en error de hecho por parte del Tribunal Sentenciador, solicita que se invalide la sentencia en cuanto hace relación a la pena, para que se profiera en su lugar aquélla correspondiente (Código de Procedimiento Penal, artículo 583).

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público

El planteamiento del cargo contenido en la demanda es confuso o, a lo menos, como lo anota el colaborador fiscal, impreciso, ya que de una parte enuncia como fundamento de él un "manifiesto error de hecho", por aplicación indebida de determinadas normas del Código Penal. En el fondo, la aplicación indebida de la ley viene a corresponder a una violación directa; pero de su argumentación se deduce una violación de carácter indirecto, tendiente a obtener una casación parcial del fallo impugnado, en cuanto hace relación a la sanción que fue aplicada.

De otra parte, si lo fundamental pretende hacerse consistir en un error de hecho en la apreciación probatoria que vino a tener trascendental incidencia en el fallo acusado, entonces era inexcusable obligación del censor individualizar de manera precisa ese o esos elementos de convicción que fueron mal apreciados, demostrando el error manifiesto que podría haber consistido en que el sentenciador no vio la prueba que obra en el proceso o que supuso la que realmente no existe, comprendiéndose en esta última hipótesis, según la doctrina y la jurisprudencia, aquel error consistente en hacerle decir a la prueba lo que ella misma no expresa, puesto que en estos últimos eventos, al fin y a la postre, se está suponiendo un medio de convicción inexistente.

Lo anterior sería más que suficiente para desechar el cargo propuesto.

Mas, como lo anota el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, "examinadas dichas alegaciones —(las de impugnación)—, se llega a la conclusión de que no resultan admisibles; pues como lo expresa la demanda, el llamamiento a juicio se profirió por homicidio agravado, por la

circunstancia ya dicha, en grado de frustración; por manera que el cálculo de la sanción resulta adecuadamente efectuado, toda vez que no podía partir el fallador de otra base que la de quince años señalada como pena mínima para el delito dicho, con la agravación deducida, es decir, quince (15) años; y reducida esta sanción al máximo autorizado por la norma pertinente (artículo 17), en razón de la frustración, esto es, en cinco años o tercera parte, para quedar en diez años.

"Por considerar las circunstancias de menor peligrosidad anotadas, entre éstas la de haberse presentado voluntariamente a las autoridades el procesado, estimó el fallador que debía partirse del mínimo contemplado en la ley respecto al delito por el cual fue enjuiciado el procesado; sin que por tanto exista error en el fallo, como se anota, ni éste resulte manifiesto; por manera que en tal forma se tuvieran en cuenta, con incidencia suficiente, las mencionadas circunstancias, sin que que al señalar tal límite, pueda deducirse que no consideró la modalidad de frustrado del delito.

"No podía tomarse en cuenta el mínimo de ocho años, según lo considera la demandante, porque como resulta obvio, no se enjuició sólo por homicidio simplemente voluntario, sino con la circunstancia de agravación dicha; y en tal forma, reconocida por el jurado, no podía el juez apartarse de su declaración, pues en tal forma, no observaría la norma pertinente respecto al acuerdo entre la sentencia y el veredicto (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).

"Conforme a lo dicho, no aparece fundada la referencia en el caso al artículo 362 del Código Penal, sin que en este punto resulte clara la alegación, toda vez que se reconoce que el llamamiento a juicio y el veredicto se fundó en el artículo 363 del mismo estatuto".

En consecuencia, el cargo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 10 de febrero de 1977 dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA

La primera no es posible como consecuencia de la errónea apreciación de pruebas, que guarda pertinencia con la segunda

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 23.

Bogotá, D. E., marzo 31 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado, Aldemar Rivera, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en 28 de febrero de 1977, por el delito de robo.

Hechos y actuación procesal

En el proceso se hallan sintetizados así:

"En la Comisaría Norte, el 25 de diciembre de 1975, el señor Eduardo Herrera I., narró los hechos en la siguiente forma: que a eso de las dos y media o tres de la mañana, se le comunicó telefónicamente que dentro del almacén Importadora Toyopartes, se encontraba un hombre. Al llegar al almacén, encontró varios agentes y una radio patrulla, y comprobaron que los candados de la malla metálica habían sido violentados y el vidrio de 6 milímetros de espesor había sido roto, daños producidos con el objeto de penetrar en el almacén, por donde efectivamente lo hicieron. Al entrar al establecimiento vieron manchas de sangre, los artículos estaban revueltos, en el suelo, en los estantes había muchos vacíos, encima de los escritorios encontraron botellas de licor vacías y dos botellas de agua helada destapadas, los teléfonos se encontraban desconectados a excepción de uno que estaba funcionando. Los agentes Jairo Betancur López y Gustavo Beltrán Mora, quienes conocieron del caso, le manifestaron que dentro del almacén hallaron a un sujeto que respondió al nombre de Aldemar Rivera, así mismo encontraron una varilla de acero, llamada palanca de una o pata de cabra. Los agentes le dijeron también que dos individuos que estaban fuera del almacén lograron huir. Añade el denunciante que oportunamente suministrará, una vez hecho el inventario correspondiente, la lista de los artículos que fueron sustraídos, así mismo el valor de ellos".

El Juez Quince Penal Municipal de Cali inició la correspondiente investigación penal, oyó en indagatoria al inculpado Aldemar Rivera y decretó su detención precautelativa.

Clausurada por el Juez Primero Penal del Circuito de esa ciudad, se lo llamó a responder en juicio criminal como responsable del delito de robo, decisión ratificada por el Tribunal Superior de Cali que conoció por impugnación del procesado.

Concluida la etapa de la causa con el lleno de los requisitos legales se lo condenó en primera instancia a seis años de presidio por el delito de robo, decisión reformada por el *ad quem,* que rebajó la pena a cinco años.

Admitido el recurso extraordinario de casación en 23 de junio último, se declaró ajustada la demanda presentada por el defensor de Aldemar Rivera, por su aspecto formal, mediante proveído de 1º de septiembre de 1977.

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación el actor hace un cargo a la sentencia recurrida y lo determina en la siguiente forma:

"Entiendo que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, con infracción directa del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, por falta de apreciación de las pruebas que acreditaron la presencia del acusado en lugar determinado ingiriendo abundantemente bebidas alcohólicas y el abandono en completo estado de embriaguez en ese sitio, en horas concordantes con las del delito cometido; la conción (sic) alcohólica y la voluntad en extremo disminuida, en el interior del establecimiento donde habían penetrado los ladrones y habían dejado la puerta abierta, hecho que permitió la entrada del hombre embriagado en forma involuntaria e inconsciente anímicamente, por el alicoramiento avanzado y dio lugar a las reacciones violentas e inconscientes del enjuiciado hacia la policía que trataba de retenerlo y encarcelarlo. El sentenciado explicó la conducta en cuanto le era posible, por pérdida de la memoria cuando caminaba bajo el tóxico del alcohol después de salir del establecimiento público (café San Jorge), donde lo tomó, con pérdida de la conciencia de lo que hacía, del camino recorrido, del lugar donde penetró sin deseo de perjudicar el derecho ajeno, por un fenómeno natural, y actuando sin malicia, con el comportamiento propio de un individuo en avanzado estado de embriaguez".

Y agrega que "hay *infracción directa* de la ley sustancial porque en el proceso no obra, legalmente producida, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella ...".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Sala rechazar la demanda en razón al inaceptable y grave error en que se incurre en el planteamiento impugnante.

Consideraciones

Cargo único. Violación indirecta de la ley sustancial, por falta de apreciación de las pruebas. Artículo violado: el 215 del Código de Procedimiento Penal como consecuencia de no haber apreciado el sentenciador las pruebas demostrativas de que el sindicado penetró en el lugar del robo —que otros dejaron abierto— en estado avanzado de embriaguez alcohólica y en estado de conciencia disminuida en extremo.

En el mismo cargo se acusa la violación directa del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y del 215. En el proceso se dice: no obra la plena prueba o completa de la infracción, por la cual se llamó al sindicado a responder en juicio, ni la que pudiera señalarlo como responsable del delito de robo.

Confunde el actor en forma deplorable los conceptos de violación directa e indirecta de la ley, e ignora que la primera no es posible como consecuencia de la errónea apreciación de pruebas, que guarda pertinencia con la segunda.

Los artículos 215 y 217 son normas procedimentales. Se dirigen al juzgador. Le fijan requisitos mínimos para dictar sentencia y le indican el criterio del legislador sobre la "plena prueba". Cuando el sentenciador los omite y procede a decidir un negocio y condena por un delito determinado, viola con su omisión indirectamente las normas sustanciales que prescriben la conducta delictual y que en el fallo fue aplicada indebidamente. Eventualmente puede el juzgador incurrir en nulidad, por haber dictado sentencia pasando en silencio las formas propias del juicio, que en el caso supuesto por el impugnador sería haber emitido pronunciamiento condenatorio sin que estuviere probado el cuerpo del delito, en circunstancias que no era posible tampoco comprometer en juicio criminal al sindicado.

No puede la Corte de su propia iniciativa determinar las posibles normas sustanciales que por la vía indirecta considera violadas el recurrente. Ni cuáles por la vía directa, ni proceder a estudiar la nulidad que no le ha sido alegada y que no se ofrece a su vista por modo ostensible. En cuyas circunstancias la censura no viene llamada a prosperar.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASE la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Esta medida se funda en una razón de orden público y social, como es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 29 de abril 13/78.

Bogotá, D. E., abril 18 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, mediante Oficio D. J. número 0215 de marzo 27 del presente año, solicita de la Corte su concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto en el que figuran como sindicados por el delito de robo en perjuicio de los intereses del Banco de la República los señores Emilio Cendales Campuzano, Crescencio Sierra Parra, María Elisa Niño y otros.

La solicitud sobre cambio de radicación fue presentada por los apoderados judiciales de los procesados abogados Berta González Rivera, Rolando Camacho Lara y Luis Alfredo Cárdenas, y a ella se acompañaron los requisitos de ley para la tramitación de la medida demandada.

En el capítulo de las "razones de la petición", los memorialistas afirman, entre otras cosas, que no es hecho ignorado por nadie "la difusión espectacular que por medio de la prensa hablada y escrita, la televisión, las revistas especializadas, etc., se hizo a raíz del denominado, para efectos publicitarios y comerciales, "el robo del siglo". Para demostrar sus afirmaciones acompañaron abundante material fotográfico e informativo de diversos periódicos de circulación nacional y local en donde, con abundante material informativo, se da cuenta del curso del sonado proceso.

Expresan, así mismo, que esta inmensa publicidad que se dio del asalto a las bóvedas del Banco de la República en la ciudad de Pasto, tenía "necesariamente que causar impacto en el ambiente de una ciudad relativamente pequeña y en el alma de un pueblo reconocidamente sugestionable", situación que, según los memorialistas, ha creado "una fuerza de presión sobre las autoridades judiciales y los cuerpos investigativos (que) se palpa sin mayores esfuerzos" a través de "prevención existente". Que, además, se ha montado un operativo de investigación para "mostrar al país" los "éxitos" de la investigación y la eficacia del grupo investigativo a través de una especie de "reivindicación del grupo".

Que en este ambiente de "marcada hostilidad" está para concluir el proceso, sin que por lo demás, en la ciudad de Pasto haya que practicar ninguna diligencia o prueba de importancia al proceso, ya que "la parte neurálgica de la investigación" está perfeccionada con la práctica de diversas pruebas y diligencias que se realizaron en otras ciudades, especialmente en la capital de la República, en donde se concentró el peso de la investigación, con los inconvenientes propios de "las comisiones permanentes" y las dificultades inherentes a ellas para la real defensa de los incriminados. Que, "en Nariño es muy poco lo que se ha hecho, y no se ven mayores posibilidades de que esa situación cambie, porque lo que procesalmente sí está demostrado es que los autores del hecho abandonaron Pasto desde el mismo momento de la comisión del robo".

De otra parte, advierten los peticionarios, que quienes actualmente se hallan detenidos en los lugares de reclusión de Pasto, fueron aprehendidos en Bogotá, en donde tuvieron que dejar a sus familiares, sin que sea factible, dadas las distan-

cias, la necesaria y humana comunicación con los suyos.

Así mismo, se acompañaron las declaraciones de Ruth Casallas, Fanny Sarmiento de Jaimes, Eduardo Cendales, Freddy Camacho Lara y Berta González Rivera, los dos últimos abogados, rendidas extra-proceso en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, en las que se narran las dificultades de diverso orden que han tenido que vender los profesionales que asisten a los procesados, y las penas de los familiares de los mismos, así como el ambiente de hostilidad que afirman existe en la ciudad de Pasto para que concluya el proceso, que como se dice en la solicitud, está muy próximo para que dentro de él se tome una decisión de fondo.

La medida extraordinaria que implica un cambio de radicación de un proceso, lo ha expresado esta Sala en diversas oportunidades, como quiera que constituye una excepción a las reglas que gobiernan la competencia por razón del territorio en donde se cometió el delito, se funda en una razón de orden público y social como es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa de la comisión de un delito, todo lo cual se encierra en la expresión utilizada por la ley —cuando pone como finalidad especialísima de esta medida que con ella se logre una recta administración de justicia—.

Los motivos sobre los cuales debe fundarse esta excepcional medida están indicados en la ley de modo genérico e indeterminado, lo cual no elimina la necesidad de que se realice una rigurosa averiguación relativa a la subsistencia de las condiciones objetivas y ambientales tales de justificar fundadas dudas sobre la posibilidad del desarrollo tranquilo e imparcial de un determinado proceso. De ahí que la evaluación de todos estos factores fundamentales los haya encomendado la ley al Gobierno y a la primera autoridad jurisdiccional de la República que es la Corte Suprema de Justicia, exigiendo el visto bueno de ésta, que obra entonces, no como entidad falladora, sino en desarrollo de una delicada misión que le ha confiado el legislador, para ilustrar el criterio del gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos del Estado.

En el caso en estudio, se trata, como ya se anotó, de tres órdenes de factores que pueden enunciarse así:

1. La publicidad que se dio por todos los órganos de información a la comisión del delito, debido por una parte, a la altísima técnica demostrada por los delincuentes, a la calidad de la entidad perjudicada con el delito, y a la cuantía de la suma sustraída.

2. De otra, al esfuerzo que desde un principio realizaron todos los cuerpos investigativos del Estado a fin de lograr el descubrimiento y la sanción de los autores del hecho, no precisamente, como lo pretenden los memorialistas, con miras a buscar una "reivindicación del grupo" con el propósito manifiesto u oculto de ganar aplausos de la ciudadanía o de buscar prebendas de cualquier orden de sus superiores, y

3. El relacionado con la situación de las personas que, habiendo sido vinculadas al proceso, se hallan hoy detenidas en sitios de reclusión en la ciudad de Pasto, con lo cual se ha dificultado, según lo expresan los peticionarios, por una parte, la defensa de los incriminados, dado que gran parte de las pruebas que han sido decretadas dentro del proceso, deberán practicarse por fuera de la ciudad de Pasto, con las consiguientes demoras en su tramitación, sino además, por el hecho de que como se dice en el memorial en que se solicita el cambio de radicación, entre los detenidos se encuentran "padres de familia ... que debieron dejar a sus hijos infantes y menores abandonados, ignorando incluso en poder de quién se encuentran y sin que tengan la facilidad de una comunicación, aunque sea de vez en cuando, por la enorme distancia".

Con respecto al primero de los aspectos enumerados, debe considerarse que la inmensa publicidad que se dio al asalto a las bóvedas del Banco de la República en la ciudad de Pasto, cubrió, en su totalidad el territorio nacional, y por tanto, por ese aspecto, sería ineficaz, el cambio de radicación del proceso a cualquiera otro Distrito Judicial, dado que la prevención que se alega de las autoridades de Pasto, radica fundamentalmente en la publicidad mayúscula que se le dio al caso.

Las dificultades de la investigación por la necesidad de las permanentes comisiones a funcionarios de instrucción de otros Distritos Judiciales, tampoco puede considerarse como razón valedera para justificar un cambio de radicación por cuanto que esa situación puede presentarse en cualquiera investigación, por lo que, la ley tiene previstos los mecanismos para evitar perjuicios a los procesados o a las partes que intervienen en él.

Y en cuanto a las autoridades de los cuerpos secretos del Estado estén buscando una "reivindicación del grupo", no pasa de ser una afirmación de los peticionarios que por ningún medio ha tenido demostración suficiente.

En armonía con lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de Pasto contra Emilio Cendales Campuzano, Crescencio Sierra Parra y María Elisa Niño, proceso al cual se refiere el oficio de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

Cópiese y devuélvase con sus anotaciones, a la oficina de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.



DOCUMENTO PUBLICO

Su valor probatorio con respecto a los hechos de que da fe el funcionario

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 31 de abril 21 de 1978.

Bogotá, D. E., abril 21 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

En sentencia de cuatro de marzo del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se condenó a Flor Ana Ruiz de Mora, por el delito de "estafa" cometido en perjuicio de María Libia Escobar Buriticá, a veinte (20) meses de prisión y las accesorias de ley.

En tiempo oportuno el defensor recurrió en casación, impugnación admitida en auto de trece de mayo del citado año. Posteriormente, en auto de trece de octubre, la correspondiente demanda se declaró ajustada a los requisitos formales indicados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y antecedentes procesales

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, suministra una completa y precisa versión de lo ocurrido, así como de la actuación cumplida. Valga, entonces, volver sobre sus anotaciones:

"... En denuncia repartida al Juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá, el 25 de septiembre de 1973, manifestó la señorita María Libia Escobar Buriticá que a principios del año de 1972 dio en venta a la señora Flor Ana Ruiz de Mora la casa de habitación de la calle 53 número 27-A-17 de esta ciudad, por la suma de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00), pagadera así: cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) al firmarse el contrato de promesa de venta (el que fue elaborado y suscrito el 10 de febrero del mismo año, en la oficina de los abogados Eliacín Serna y Luis Collante); doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) al momento de firmarse la escritura y el resto, trescientos mil pesos ($ 300.000.00), en seis contados de cincuenta mil pesos cada uno, en cuotas mensuales que empezarían a contarse a partir de la fecha de la escritura.

"El 10 de marzo de 1972 se perfeccionó la negociación mediante Escritura pública número 638 otorgada ante la Notaría 14 de Bogotá, pero en dicho documento, a solicitud de la compradora y con el fin de evitar el pago de 'más impuestos', se convino entre las partes contratantes fijar como precio de venta trescientos cincuenta mil pesos y no seiscientos mil pesos como se había pactado en la promesa de venta, apareciendo como recibidos por la vendedora cincuenta mil pesos el día de la firma del contrato y los trescientos mil restantes en seis cuotas mensuales del mismo valor.

"En el mes de mayo la señora Ruiz de Mora, acompañada de su esposo y uno de sus hijos, se trasladó a Manizales con el fin de cancelarle la primera cuota de cincuenta mil pesos, recibió el correspondiente comprobante, y pernoctó en la residencia de la vendedora donde fue atendida en debida forma.

"Agregó que la copia de la hipoteca fue reclamada por la denunciada, quien después de registrarla le promovió juicio ordinario para obtener la cancelación del gravamen por pago de la obligación antes de su vencimiento, afirmando en la demanda que ignoraba su residencia, con lo que se adelantó el proceso sin su intervención.

"Los abogados Eliacín Serna Giraldo y Luis Collante Velásquez, aquél como intermediario en la negociación del inmueble y éste como encargado de elaborar la promesa de venta y la minuta de la escritura, coinciden en afirmar que el precio real de la venta, aceptado por las partes con-

tratantes, fue el de seiscientos mil pesos pagaderos en la forma relatada por la denunciante. Al momento de hacerse la escritura se convino que figurara como precio el de trescientos cincuenta mil pesos para eludir el pago de impuestos y registro, quedando un saldo de trescientos mil pesos garantizado con hipoteca de primer grado sobre el mismo inmueble y pagadero por mensualidades de cincuenta mil pesos. El último de los nombrados sostiene que, una vez aprobada y firmada la promesa de venta, entregó el original y la copia a la compradora Ruiz de Mora "para que la estampillara en el Ministerio de Hacienda" (folios 28 y 26 del cuaderno principal).

"Luis Enrique Bautista Guerrero, por entonces empleado de la Notaría 14 de Bogotá y persona encargada de elaborar la escritura de venta, manifestó que en los primeros meses del año de 1972 comparecieron María Libia Escobar y la Señora Flor, de quien no recuerda el apellido, a celebrar un contrato de compraventa de un inmueble. Presentaron la minuta en la que se acordaba como precio de la misma el de trescientos cincuenta mil pesos, quedando un saldo de trescientos mil garantizado con hipoteca sobre el mismo inmueble y pagadero en mensualidades sucesivas, oyendo decir a las partes contratantes y a las personas que las acompañaban que el valor real fijado al inmueble era el de seiscientos mil pesos "hecho éste que es frecuente entre todos los contratantes a fin de obtener gravámenes notariales o de registro o boleta fiscal menores". Agregó el testigo que recordaba los hechos porque con posterioridad al otorgamiento del título se presentó la vendedora a reclamar la copia que le correspondía como acreedora hipotecaria, siendo advertido que ésta había sido retirada por quien firmaba en forma ilegible (folio 188 ibídem)...".

Tanto Flor Ana Ruiz de Mora, como su esposo Alberto Mora Bernal, fueron sometidos a indagatoria. "Clausurada la etapa de instrucción después de múltiples incidentes procesales el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá mediante providencia del 28 de abril de 1975 sobreseyó definitivamente a los sindicados Flor Ana Ruiz de Mora y Alberto Mora Bernal, decisión que recurrida por la parte civil fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá con la suya del primero de septiembre, en el sentido de llamarlos a juicio por el delito de estafa (folios 331 y siguientes y 411 y siguientes del cuaderno principal).

"Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública, el juzgado del conocimiento en sentencia del 6 de noviembre de 1976 condenó a Flor Ana Ruiz de Mora a la pena principal de veinte meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados con el delito; y, absolvió al procesado Alberto Mora Bernal (folios 570 y siguientes). El fallo apelado por la defensa recibió confirmación del Tribunal Superior, con las modificaciones a que se hizo alusión (folios 109 y siguientes del cuaderno número 6) ...".

La demanda, el concepto fiscal y consideraciones de la Sala

Primera censura. Se invoca la causal cuarta 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 un único cargo: incompetencia del juez penal para conocer del asunto.

Afirma el recurrente que la justicia penal no debió intervenir, puesto que se trataba de cuestión exclusivamente civil: una acción de simulación (artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, precio señalado en la escritura distinto del pactado en la realidad) o una acción rescisoria del contrato (artículo 1740 del Código Civil).

Invoca la violación del artículo 210, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal, para sostener que el proceso se adelantó ante un órgano impropio de jurisdicción.

El Ministerio Público anota que "en el caso *sub judice* el censor no probó que los hechos denunciados bajo juramento por María Libia Escobar Buriticá —como constitutivos de infracción a la ley penal— fueron investigados y fallados por juez incompetente por razón del territorio, la naturaleza del hecho o la calidad de las personas justiciables, factores éstos determinantes de la competencia en materia penal". Agréguese a esto, para desechar el cargo, que éste no pasó de constituir un mero enunciado, por parte del recurrente, sin que en este aparte de la demanda se recurriera a un concreto y abundante comentario de la prueba, para desvirtuar, de este modo, las observaciones del Tribunal, el cual, al decir de la delegada, apoyó su sentencia de condena "en un concurso de indicios que analizados en su conjunto, pluralidad, gravedad y conexidad, señalan inequívocamente a la acusada como autora del delito imputado y constituyen plena prueba de su responsabilidad".

El censor equivocó lamentablemente su posición dialéctica, pues dejó este cargo, que era el

compendio de sus otras críticas, expósito, sin demostración alguna, respaldado apenas en una simple y breve manifestación suya, la misma que no deja de traducir notable contradicción. En efecto, en esta sección de su libelo da a entender que compradora y vendedora acordaron, para ellas, un precio, pero otro fue el consignado en la correspondiente escritura. Por eso alude a acción civil de simulación o a acción rescisoria del contrato. Pero la procesada, a lo largo de la investigación, y el recurrente sostienen pretensión bien distinta: la compraventa se hizo por el precio de trescientos cincuenta mil pesos, suma cubierta en forma integral y en debida oportunidad. Por eso acudió, en juicio ordinario, a la cancelación de la hipoteca establecida en la Escritura número 638, de 10 de marzo de 1972, corrida en la Notaría 14 de Bogotá.

Nada se dijo, se repite, sobre los argumentos expresados por el sentenciador, demostrativos de su competencia por tratarse de un delito de estafa. Se dejaron incontestados, en este primer aparte, todos los aspectos tomados como de cargo y que conviene mencionar así sea sintéticamente: los abogados Eliacín Serna y Luis Collante, intermediarios de la señora María Libia Escobar Buriticá, afirman que la promesa de venta se suscribió por valor de $ 600.000.00, los cuales se pagarían del siguiente modo: $ 50.000.00, al celebrarse ésta; $ 250.000.00 al tiempo de la escritura; y los restantes $ 300.000.00, en seis contados mensuales, cada uno por valor de $ 50.000.00. La minuta de escritura expresaba esta suma de $ 600.000.00. Así lo atestigua Luis Enrique Bautista Guerrero, empleado de la Notaría 14, y así se alcanza a leer en las imborradas letras de aquel documento. A la firma "Fidel S. Cuéllar y Compañía", había consignado la vendedora su inmueble (ubicado en la calle 53 número 27-A-17, nomenclatura de Bogotá), en época muy próxima, para ser negociado por la suma de $ 600.000.

La Escobar Buriticá, para su declaración de renta del año gravable de 1972, anotó la venta del referido inmueble por valor de $ 600.000.00. Todo se dispuso, pues, para que figurase esta cantidad como precio de esa transacción. La sentenciada viajó luego a la ciudad de Manizales, en donde vivía María Libia, y allí entregó la suma de $ 50.000.00. Para la Ruiz de Mora, dentro del plan urdido para estafar y que había iniciado con la mudanza del precio ($ 350.000.00 en vez de $ 600.000.00), esta suma constituía la cancelación total de la obligación contraída. Para la vendedora, un *abono* más, y así lo consignó en el correspondiente recibo. Para el Tribunal todo este acervo probatorio demostró que Flor Ana Ruiz de Mora, desde un principio elaboró un plan de engaño. Aceptaba, inicialmente, el precio de $ 600.000.00, pero indujo a María Libia, a última hora, a variar esta cantidad con el pretexto de evitar mayores costos en la transacción, asegurada como estaba la deuda por la hipoteca constituida. Pero su plan era estipular una cantidad de ($ 350.000.00), que correspondía a los pagos hechos ($ 300.000.00) y al último que efectuara en Manizales. Luego se hizo a los documentos pertinentes e inició juicio de cancelación de la hipoteca, por solución total de ésta, manifestando su ignorancia sobre el domicilio de su acreedora, cuando hacía poco había estado en su propia casa. Esta última actuación revela, sin dificultades el doloso comportamiento de la sentenciada.

Este primer cargo, como bien lo indica la Procuraduría, no puede prosperar.

Segunda censura. Luego el memorialista se ocupa de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la cual le sirve para introducir varios cargos. Así los enuncia y expone:

1. Error de derecho consistente en que no se tuvo en cuenta el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal (valor del documento público, al caso, la Escritura número 638 de 10 de marzo de 1972). Este instrumento, que le fue leído a María Libia Escobar, aprobado y firmado por ella, y del cual no se ha demostrado su falsedad, tiene un valor de plena prueba suficiente para mantener como verdadero su contenido, el mismo que está conforme con las explicaciones suministradas por Flor Ana Ruiz de Mora.

2. Error manifiesto de derecho, pues no se tuvo en cuenta la confesión extrajuicio (artículo 200 del Código de Procedimiento Civil) de María Libia Escobar, expresada en tal escritura. Lo confesado "es plena prueba". La omisión llevó "a la indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal, por hallarse, supuestamente, comprobado el cuerpo del delito de estafa y la responsabilidad penal de mi representada".

3. Error de hecho en la apreciación de unos testimonios (Luis Collante Velásquez, Eliacín Serna Giraldo, Luis Enrique Bautista, Luis Eduardo y María Libia Escobar Buriticá), al pretender que esta clase de prueba puede invalidar la naturaleza y efectos de la Escritura pública número 638 de 10 de marzo de 1972. "Todas las declaraciones que se aportaron al proceso —anota el recurrente— se dirigen a demostrar que el precio pactado inicialmente fue el de seis-

cientos mil pesos, pero a última hora las partes, en previo acuerdo de voluntades, resolvieron rebajar dicho precio a la suma de trescientos cincuenta mil pesos, y elevar dicho acuerdo de voluntades a escritura pública, para lo cual disfrutaron realmente de completa libertad y capacidad para contratar'' —artículos 1857 del Código Civil y 232 del Código de Procedimiento Civil—. De este modo se ''violó, por aplicación indebida, el artículo 408 del Código Penal, en el orden sustancial, y los artículos 215, 216, 217, 261, 210 y 310 del Código de Procedimiento Penal''.

4. ''Error manifiesto de hecho por falta de apreciación de unas pruebas, y mala apreciación de otras, atinentes al cuerpo del delito y a la supuesta responsabilidad penal de la recurrente, señora Ruiz de Mora''. El enunciado corresponde a que el Tribunal otorgó pleno valor probatorio a la promesa de compraventa suscrita por María Libia Escobar Buriticá y Flor Ana Ruiz de Mora, la cual ''no fue allegada al proceso ... hasta este momento se ignora su paradero''. Y a que la indagatoria de la procesada ''se le desconoció en su real contenido probatorio, a pesar de estar legalmente producida y allegada al informativo ... prueba que tiene perfecta validez legal, conforme lo establece el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, aducida esencialmente como medio de defensa, como que contiene circunstanciada explicación de los hechos ... El error manifiesto por parte del honorable Tribunal sentenciador consistió en estimar que este medio probatorio faltaba en el expediente, ya que ningún comentario o referencia o alusión hizo a dicha pieza procesal, o sea a la injurada de la sindicada Ruiz de Mora y, en consecuencia, el fallador no consideró este medio de prueba, cuando la verdad procesal es que milita en los autos''.

El censor desacierta en el desarrollo de estos cargos y no logra concretar un criterio definitivo sobre el alcance de sus argumentaciones. Imagina que el Tribunal le niega valor de documento público en cuestión o que pretende deducir su falsedad y supone que, existiendo un instrumento de esta naturaleza, el proceso penal debe limitarse a preservar el valor de su contenido.

La posición contradictoria del censor puede advertirse en que parte de sus reflexiones las dirige a que se crea la versión de la sentenciada: la negociación fue por valor de $ 350.000.00, suma que se canceló integralmente y de ahí el intento de cancelar la hipoteca. Pero en la interpretación de otras pruebas, para refutar en forma parcial e incompleta los abundantes elementos de incriminación, sostiene que el precio real fue de $ 600.000.00, pero las partes aceptaron, para disminuir impuestos y cargas notariales y de registro, que se determinara una suma de $ 350.000.

No es posible comprender, entonces, la dirección cierta y exacta del pensamiento del recurrente en la alusión a esos errores de hecho y de derecho.

Esto haría improcedente la consideración de estos cargos, formulados al amparo de la causal 1ª, aparte segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que también se hace refluir hacia la indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal.

Pero el desenfoque crítico que padece el recurrente, no le permite advertir que *''nadie discute la autenticidad del documento público respecto de los hechos de que da fe el funcionario: hecho físico del otorgamiento, fecha y lugar. El contenido del instrumento no puede interpretarse con prescindencia de los demás elementos probatorios como los testimonios de los abogados, el precio real del inmueble, las declaraciones de la promesa de venta y el hecho de que la compradora hubiere reclamado para sí tanto los documentos de la promesa como las escrituras''.*

No interesa, en un contexto de responsabilidad penal, el precio determinado en la escritura pública, sino la razón de ser de las variaciones que precedieron y si fue pensamiento de vendedora y compradora sustituir el acordado en un principio para que sólo tuviera efecto el consignado en ese instrumento. Flor Ana Ruiz de Mora, con sus argucias, pretendió fijar una suma (el de la escritura), so pretexto de favorecerse tanto ella como la vendedora en las cargas impositivas, pero con la idea de hacer coincidir ésta con un pago limitado a los $ 350.000.00. María Libia Escobar Buriticá, nunca aceptó que la venta se redujera a esta cifra y siempre consideró como precio de la transacción la de $ 600.000.00. Para definir la verdad de una y otra versión, es necesario, como lo ha hecho con acierto el Tribunal, acudir a todos los elementos probatorios disponibles. No hay desconocimiento, pues, de la escritura de marras sino una comprobación exacta de lo que ella quiere y puede decir. Si esto no fuera así, la más segura impunidad, en todo ilícito, sería respaldarlo con un instrumento público, producto y resultado de la conducta delictuosa.

De ahí que no se haya desbordado, en lo más mínimo, el análisis y conclusión de las manifestaciones hechas por María Libia Escobar, en esa es-

critura. Ni menos el de la prueba testimonial que le brindó respaldo completo y veraz a sus asertos. Estos medios de convicción, que avalaban las acusaciones formuladas desde la denuncia, no podían favorecer a Flor Ana Ruiz de Mora, porque la insinceridad y mala fe de ésta corrían por otros caminos. Por eso aquellos aseguraron la realidad de un precio de $ 600.000.00, mientras que la sentenciada se empeñó en que sólo había sido de $ 350.000.00. Una sólida prueba testimonial e indiciaria refutó la forzada posición de esta última y le dio entero crédito a las expresiones de María Libia Escobar Buriticá.

Coincidente con estas glosas, el Procurador Segundo Delegado, acierta en estas observaciones: "... se afirma que hubo error de hecho manifiesto en la apreciación de los testimonios mencionados en el libelo, y se explica el yerro arguyendo que hubo equivocada apreciación de los mismos.

"Vale decir que la misma situación jurídica puede ser susceptible de error de hecho y error de derecho, razonamiento contradictorio y excluyente toda vez que en aquél 'el sentenciador aprecia y otorga valor dominante a una prueba materialmente inexistente, o pone fin al proceso, equivocadamente, con omisión inexcusable de una prueba, bien producida, de inobjetable valor imperante' y en éste 'el juez aprecia la prueba aportada al proceso, pero le concede un valor superior o inferior al que le ha sido asignado legalmente. O considera una prueba allegada al proceso con violación de las normas reguladoras de su asunción. Pero la prueba existe y por algún modo es mal apreciada por el fallador' (casación del 21 de agosto de 1975, Magistrado doctor José María Velasco Guerrero).

"El demandante no citó como infringido el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, norma que asigna el valor probatorio que debe darse al testimonio, sino que defirió su quebranto a la inobservancia del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, planteamiento francamente inadmisible en esta materia, pues equivaldría a dar por sentado que la apreciación del testimonio por parte del juez penal se rige por la ley procesal civil ...".

De otro lado, la alusión a la promesa de compraventa, documento que existió, pues el propio recurrente lo admite (ver indagatoria y este párrafo de la demanda: "... además, la sindicada entregó la promesa de venta al doctor Serna Giraldo para la elaboración de la minuta de la escritura. Y este medio de defensa allegado por la sindicada al proceso, no fue tenido tampoco en cuenta por el honorable Tribunal Superior, que, a pesar de su legal asunción al expediente lo inconsideró, con lo cual el honorable Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al ignorar ese medio probatorio ..." —folio 51—), fue debidamente estimado con las precisiones hechas por quienes elaboraron ese documento y que recuerdan muy bien su contenido y alcance.

Finalmente, quien se detenga un poco en la lectura del fallo acusado, advertirá que en éste se transcribe en extenso la indagatoria de Flor Ana Ruiz de Mora. Lo que sucede es que las explicaciones expresadas allí las confronta el juzgador y las desestima, no por capricho sino por obra de la prueba que en contrario se da en autos y a la cual se refiere pormenorizada y certeramente el Tribunal. De otro lado, como lo anota la Delegada "la ley no atribuye a la indagatoria determinado valor probatorio. Sólo la declaración del sindicado, cuando constituye confesión, está expresamente respaldada por la ley en cuanto a su significación jurídica (artículo 264 del Código de Procedimiento Penal). En su indagatoria la sindicada Ruiz de Mora dio una explicación de los hechos, lo que no puede tomarse como confesión porque no es la aceptación de un hecho que la perjudique. Es una versión de los acontecimientos en franco desacuerdo con los demás elementos de juicio allegados al proceso.

Si el juzgador apreció equivocadamente las explicaciones dadas por la procesada, negándoles el valor probatorio que la ley les asigna, trataríase de un error de derecho y no de hecho como lo plantea el censor".

Esta causal, desarrollada con notoria incorrección en cuatro cargos, tampoco resulta admisible.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR, la sentencia impugnada, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

IDENTIDAD FISICA DEL PROCESADO

(Artículo 114 del Código de Procedimiento Penal)

TRANSITO DE LEYES

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23945.

Aprobado: Acta número 31.

Bogotá, D. E., abril 21 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del 25 de abril de 1977, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de esa ciudad que condenó a Jairo Enrique Arzayús, Gilberto Soto y José Enrique Soto a pena de prisión y las correspondientes accesorias por el delito de *hurto* en perjuicio del señor Milton Londoño.

Hechos

Los resumió el Tribunal en la siguiente forma:

"... Milton Londoño, propietario de una librería ubicada en la calle 16 con carrera 8ª de Cali, quien acusa a Jairo Enrique Arzayús por la pérdida de varios artículos que tenía en su negocio como también en la pieza que habitaba en el mismo edificio. Dice que el 5 de julio de 1972 en horas de la tarde dejó al sindicado en la librería mientras hacía unas diligencias y cuando retornó a eso de las cinco de la tarde, encontró el establecimiento cerrado y Arzayús se había ausentado. Luego de una revisión en el negocio y en la pieza pudo constatar que se le había perdido un revólver, una licuadora marca Osterizer, una radiola marca Sanyo, un radio transistor y varios objetos más, así como $ 1.200.00 en dinero efectivo ...".

Actuación procesal

Con base en la denuncia del señor Milton Londoño ante la Inspección Tercera del Permanente Central de Cali, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de esa capital abrió el 6 de julio la correspondiente investigación. Practicadas las pruebas allí señaladas y las que se estimaron conducentes al perfeccionamiento del sumario, el Juzgado Doce Penal del Circuito declaró cerrada la investigación y por auto del 14 de noviembre de 1972 calificó el proceso llamando a responder en juicio criminal a Jairo Enrique Arzayús, Gilberto Soto y José Enrique Soto como autores responsables del delito de hurto. Este pronunciamiento fue recurrido por uno de los apoderados y el Tribunal Superior en providencia del 22 de agosto de 1973 la confirmó en todas sus partes.

Tramitada la causa el juzgado del conocimiento dictó el 15 de noviembre de 1974 sentencia condenatoria por el aludido delito contra los tres acusados imponiéndoles 16 meses de presidio a cada uno de ellos, las accesorias de rigor, la obligación de pagar los perjuicios causados, y emitiendo las demás determinaciones del caso. Surtida la consulta de dicho fallo, el Tribunal Superior de Cali lo confirmó, pero disminuyó a 12 meses la pena principal señalada por el juzgado.

Interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal el recurso de casación y concedido por el Tribunal, la Corte lo admitió para declarar, posteriormente, ajustada a derecho la demanda con que lo sustentó y que fue coadyuvada, en parte, por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

La demanda

El Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali, después de solicitar la infirmación de la sen-

tencia de segunda instancia proferida por esa Corporación, de hacer la relación de los hechos que dieron origen al proceso y de consignar el resumen de la actuación procesal, le formula los siguientes cargos:

1. Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, afirma que el fallador violó la ley sustancial por infracción directa, puesto que "... dio aplicación a una norma que ya no estaba vigente ..." dejando de aplicar la que realmente regía el hecho investigado.

Para demostrar la violación arguye que el delito se cometió el 25 de julio de 1972, ésto es, bajo el Decreto 1988 de 1971 que era por entonces la norma aplicable para el hurto materia del juzgamiento en este proceso. Que al dictarse la Ley 21 de 1973 no se produjo ningún cambio de legislación, porque ésta empezó a regir inmediatamente se levantó el estado de sitio con el Decreto 2725 del 29 de diciembre de ese año. De aquí que observa: "... Cuando se realizó el hecho regía el Decreto 1988, cuando se dictó la sentencia regía la Ley 21, que no significaba ningún cambio para los acusados, por lo cual no había lugar a aplicar reglas sobre tránsito de legislaciones ...".

Y, el Procurador al coadyuvar en este punto, precisa: "... no hubo interrupción alguna, sino que la nueva norma reemplazó a la anterior, sin que como lo anota la demanda se favoreciera o agravara la situación del procesado, la cual es por tanto la misma; no resultaba así aplicable el artículo 397 del Código Penal y sí se prescindió de aplicar el precepto vigente (artículo 7º, Ley citada), con lo cual se incurrió en la correspondiente violación con efecto en cuanto a la fijación de la sanción ...".

2. Bajo la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal sostiene el recurrente que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Al respecto expresa que se conculcó el derecho de defensa de Jairo Enrique Arzayús y Gilberto Soto a través de la violación de las formas propias del juicio. Y, aduce: "... Cuando una persona no es encontrada para oírla en indagatoria o para notificarle el auto de proceder se le emplazará por edicto, respecto a cuya forma no existe norma expresa, pero que de todas maneras tiene que contener la forma de identificar a la persona que se necesita porque en otra forma no sería posible que la persona interesada supiera cuándo se solicita su presencia en el proceso y sin que para ello baste el nombre, puesto que existe la posibilidad de homónimos que impliquen confusión ...".

Es de advertir que este cargo no lo comparte el señor Procurador.

Se considera

1. *Violación del Derecho de Defensa.*

Propuesta la causal cuarta de casación procede la Corte a estudiar prioritariamente esa impugnación.

El cargo se presenta como violación supralegal por una presunta inobservancia de las formas propias del juicio que comporta la violación del derecho de defensa.

Se precisa que los procesados Jairo Enrique Arzayús y Gilberto Soto se les emplazó y declaró reos ausentes para ser oídos en indagatoria y luego para ser notificados del auto de proceder en su contra, sin haber sido plenamente identificados y "... sin que para ello baste el nombre, puesto que existe la posibilidad de homónimos que impliquen confusión ...".

Las denominadas por la Constitución formas propias del juicio son las que establecen los preceptos reguladores del proceso, las que ordenan su formación, desarrollo y culminación. Son de tal naturaleza aquellas que indican el modo como una persona debe ser sometida a proceso y finalmente juzgada.

Pues bien, sobre el punto propuesto la ley procesal vigente prescribe en su artículo 114:

"... Identidad física. La imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona ...".

Según esta norma no es absolutamente necesario establecer las condiciones civiles del procesado (nombres y apellidos verdaderos ni sus generalidades de ley), basta para ser comprometido en proceso y juzgado, conocer, sin lugar a dudas, su identidad física.

En el caso concreto de los procesados Jairo Enrique Arzayús y Gilberto Soto se desbordó esa mínima exigencia procesal de la identidad física, pues no sólo se conocen sus nombres y apellidos verdaderos, sino sus características individuales

(edad, talla, color de la piel, y del pelo, dentadura, etc. ...) y sus ocupaciones, oficios y amistades. Además, de Arzayús se sabe que tiene una cicatriz sobre una ceja y de Soto que es hijo de Rosa María Soto. Datos éstos que suministran el denunciante Milton Londoño y el procesado José Enrique Soto, hermano de Gilberto y amigo de Jairo Enrique.

Con sobrada razón el Procurador no prohijó la demanda en este tema, pues acertadamente anota:

"... no es procedente la nulidad porque el emplazamiento se cumplió en cuanto a los procesados, tanto para su indagatoria, como para notificarles el auto de proceder, sin que el no haberse expresado sus condiciones, identificados por su nombre los acusados, sea suficiente para invalidar la actuación, pues el proceso contiene los datos necesarios, aunque se produciría la invalidez si del mismo no resultaran los datos requeridos para su identificación, toda vez que no podría aplicarse o ejecutarse la sentencia o en cuanto diera lugar a confusión, lo cual no ocurre en este caso, pues se dan varios datos o informaciones respecto a los procesados; y además, la actuación demuestra que en diferentes oportunidades se hicieron por la policía a solicitud del juez las diligencias necesarias para localizar a dichos reos ...".

Habiéndose cumplido con exceso los presupuestos reales y los requisitos de forma para vincular legalmente a Jairo Enrique Arzayús y a Gilberto Soto al proceso, para enjuiciarlos y sentenciarlos, no aparece de modo manifiesto que se hubiera incurrido en nulidad por violación de las formalidades propias del juicio o del derecho de defensa.

El cargo no prospera.

2. *Tránsito de leyes.*

Se plantea por el actor la causal primera de casación, cuerpo primero, con la aseveración de que la sentencia violó por modo directo la ley sustancial por falta de aplicación de la norma que regula el caso concreto, pues la que se aplicó no estaba vigente.

Al efecto aduce que el delito de hurto imputado a los procesados se cometió cuando regía el Decreto 1988 de 1971 y que dicho estatuto fue sustituido sin solución de continuidad por la Ley 21 de 1973, bajo cuyo imperio se dictó la sentencia acusada. Que en tales circunstancias, las normas del Código Penal a que ambos ordenamientos se referían, que habrían sido suspendidas por el primero y derogadas por el segundo, no volvieron a tener vigencia. Luego, concluye que "... no habría lugar a aplicar reglas sobre tránsito de legislaciones ...", por lo que el Tribunal al enmarcar el asunto en el artículo 397 del Código Penal prescindió del precepto vigente, es decir, del artículo 7º de la Ley 21 de 1973. Situación que el recurrente demuestra determinó la imposición de una pena menor a los sentenciados.

La censura es correcta. Ya la Corte en forma reiterada, en casos idénticos al propuesto, ha sostenido que no existió solución de continuidad entre las normas aquí cuestionadas, por lo que el Código Penal, en lo pertinente, en ningún momento volvió a regir. Entre esas varias decisiones, valga este aparte de una de ellas:

"... el Decreto extraordinario número 1988 comenzó a regir el día en que fue dictado (9 de octubre de 1971) y su vigencia se prolongó hasta la fecha en que se levantó el estado de sitio (diciembre 29 de 1973), fecha en que dejó de producir efectos jurídicos (artículo 121 de la Constitución) en todo aquello que no hubiera sido recogido por una disposición de carácter permanente, para el caso, la Ley 21 de 1973 que derogó *las normas del Código Penal que estaban suspendidas desde el 9 de octubre de 1971 ... De consiguiente, si las normas del Código Penal estaban* suspendidas, *o sea, no tenían eficacia jurídica, no producían ningún efecto legal, y estando en esa situación fueron* derogadas *por la ley, ¿en qué momento volvieron a nacer a la vida jurídica, siendo que tanto la suspensión como la derogación implican, como se ha dicho, la eliminación penal de sus efectos jurídicos? ... Todo lo anterior está a significar, que no es factible que se pueda sostener la tesis de la sucesión de leyes penales y que por lo mismo se sostenga que hubo violación de derechos reconocidos por la ley y la Constitución a los procesados. Es evidente, que no existió solución de continuidad entre el Decreto 1988 que suspendió las normas del Código Penal y la Ley 21 que las derogó cuando estaban suspendidas ..." (casación penal, julio 21 de 1975, Magistrado ponente Jesús Bernal Pinzón).*

La transcripción anterior es suficiente para entender que el juzgador al aplicar el artículo 397 del Código Penal incurrió en falta de aplicación del precepto vigente, por error jurídico sobre la existencia de aquél, lo que condujo a la violación directa de éste, o sea, del artículo 7º de la Ley 21 de 1973 que reprodujo el correspondiente del Decreto 1988 de 1971.

En consecuencia, el cargo prospera.

En tales circunstancias, de conformidad con el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal la Corte procederá a corregir la sentencia en lo que resulta indebido: la dosificación de la pena.

El delito de hurto consumado por Jairo Enrique Arzayús, Gilberto Soto y José Enrique Soto se encuentra previsto y sancionado con pena de prisión de uno a seis años por el artículo 7º de la Ley 21 de 1973 y concurren a él la circunstancia agravante por la cuantía a que se refiere el artículo 399 del Código Penal y la de mayor peligrosidad del numeral 4º del artículo 31 del mismo estatuto.

Entiende la Sala que por su personalidad y sus antecedentes de todo orden los procesados son acreedores a que se tenga como pena básica la mínima de 12 meses de prisión y que por las circunstancias antes señaladas sólo se aumentan 6 meses, lo que da en definitiva 18 meses de prisión para cada uno de ellos. Consecuencialmente, las penas accesorias sufren las modificaciones que este incremento implica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y acorde en parte con él, 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 a los procesados Jairo Enrique Arzayús, Gilberto Soto y José Enrique Soto, así:

1. A la pena principal de *dieciocho meses de prisión,* para cada uno de ellos, en lugar de la de doce 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; suspensión de la patria potestad, si la tuvieren; y publicación especial de la sentencia.

En lo demás SUBSISTE la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado doctor José María Velasco Guerrero.

Disiento muy respetuosamente del pensamiento de la mayoría, porque no es posible, como lo sostiene la sentencia, prolongar en el tiempo los efectos precarios de la legislación marcial sin más que el legislador ordinario recoja sus prescripciones, en las propias suyas, con retroactividad a la fecha de promulgación de las primeras, lo cual bastaría —se dice— para impedir el tránsito de legislación entre las normas del Código Penal suspendido por virtud de la vigencia del Decreto 1988 de 1971 y la nueva Ley 21 de 3 de diciembre de 1973, promulgada el 12 de diciembre del mismo año.

Lo anterior, precisamente porque el tránsito de legislación se opera con exclusión de las normas del estado de sitio, cuya marcada transitoriedad se hace ostensible cuando el país recobra el imperio institucional y con él desaparece la legislación marcial y la totalidad de sus efectos pendientes.

El tránsito de leyes se da con absoluta independencia de las situaciones concretas que pudieran implicarse en él, siempre que una ley ordinaria modifica, deroga o sustituye una anterior de idéntica categoría. Cronológicamente, dicho fenómeno se opera en el preciso momento en que una de aquellas acciones ocurre, es decir, en una fecha conocida. A partir de ese instante surge la posibilidad de que alguien, con interés legítimo, reclame en su favor la aplicación de la disposición benigna, o de que así procedan oficiosamente los jueces del conocimiento.

Sólo muy ocasionalmente se da la oportunidad de que la norma de estado de sitio recobre efectos, y tal ocurre porque así lo exige el principio de favorabilidad, o igualmente alguien, con interés legítimo, reclame su aplicación.

Las situaciones jurídicas concretas que se plantean en relación directa con el estado de sitio y el tránsito de leyes, deben resolverse con sujeción a lo que dejamos dicho, o sea, que el paso de una ley a otra se da con exclusión perentoria del estado de sitio, salvo que en sus disposiciones, por algún concepto, se halle entrañado el principio de favorabilidad.

La razón de ser así es bastante clara. La finalidad de la declaración del estado de sitio es prevenir o conjurar la perturbación del orden público. Por virtud suya el legislador de emergencia puede suspender las leyes ordinarias cuando sean

contrarias a las normas transitorias del estado de sitio. Sus mandamientos se cumplen especialmente para cautelar la vida institucional del país y, con su fundamento, jamás podrían ser desconocidas garantías constitucionales de ninguna suerte, menos aún las que cifran y tutelan el debido proceso, es decir, la legalidad del delito, la legalidad de la pena, la legalidad del proceso y el principio de favorabilidad.

El privilegio excepcional que la Constitución otorga al Ejecutivo de legislar con fuerza obligatoria para todos y de suspender las leyes ordinarias contrarias a las disposiciones del estado de sitio tienen como contrapeso el de que, en virtud de dicho privilegio, no puede el legislador transitorio dictar normas de carácter permanente, pues ya se dijo que con el estado de sitio desaparece su legislación y sus efectos pendientes.

El estado de sitio, como situación de anormalidad jurídica institucionalizada, es, por fuerza de su naturaleza, un estado excepcional, al través del cual no puede ni debe pretenderse alterar con caracteres permanentes el orden normativo establecido por el legislador ordinario. Ni prescribir figuras delictivas distintas de aquellas que por su índole o por la índole de las circunstancias son necesariamente efímeras.

El estado de sitio es, por último, una medida terapéutica, enderezada a restablecer el orden, a conseguir que la ley se cumpla, que las instituciones permanezcan.

Alguien ha dicho que la finalidad del estado de sitio es institucional, no penal, que tiene su remedio en la ley, más allá de la cual no puede trascender. Y ha sido erigido para conjurar situaciones y no casos individuales. Es curativo y no represivo. Su destino es anular el desorden y evitar que se propague. Y se extingue con el cumplimiento de su finalidad.

En resumen, frente al caso cuestionado concretamente por la censura y con referencia a la opinión del Ministerio Público, se tiene:

1º Se puede prescribir por el legislador ordinario la continuidad en el tiempo de una norma de estado de sitio, cuya condición específica es la *transitoriedad* —con evidente desconocimiento del principio constitucional de legalidad del delito— si otra disposición de carácter permanente la recoge en su texto.

2º Se posibilita, así, por vía de jurisprudencia, la extrapolación del tiempo de vigencia de la Ley 21 de 1973 a la fecha de vigencia del Decreto 1988 de 1971, dictado en estado de sitio, con dos años de anterioridad.

3º Y por este modo la disposición constitucional que prescribe la transitoriedad de las normas de estado de sitio (inciso 7º, artículo 121 de la Carta) —cuya vigencia cesa cuando el país regresa a la normalidad jurídica— ha sido modificada por la Ley 21 de 1973, con apoyo en la doctrina que viene sosteniendo la Corte, en materia penal, en la providencia de la mayoría, con violación igualmente del principio de favorabilidad.

4º Con la suma de dos tiempos legales heterogéneos se da por establecido que la comisión del delito bajo el imperio de la norma del estado de sitio y su castigo en vigencia de la ley ordinaria, tuvieron ocurrencia, sin solución de continuidad, en un mismo tiempo legal, puesto que para los efectos del caso concreto, según la tesis de la mayoría, el decreto y la ley confunden sus naturalezas, orígenes y vigencias, pero también sus textos, para transformarse en una sola disposición penal, a partir de la fecha de expedición del primero, con mérito —según parece— en un imposible efecto retroactivo tácito que se le concede a la Ley 21 de 1973.

Fecha ut supra.

José María Velasco Guerrero.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Infracción directa. Infracción indirecta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 33 de mayo 3 de 1978.

Bogotá, D. E., mayo 3 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia de nueve de mayo de mil novecientos setenta y siete, impuso a Eudoro Matta González, por los delitos de "contrabando impropio, falsedad en documentos y estafa", veintiocho (28) meses de prisión, y sus accesorias pertinentes. En el mismo fallo, por el delito culposo de "matrícula de automotores no nacionalizados", absolvió a Angelino Oviedo Celis.

En el mismo sentido, salvo lo relacionado con una multa de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) para Matta González, que fue revocada por el Tribunal, se había pronunciado el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá (enero 28 de 1977).

En tiempo oportuno la Fiscal Segundo del Tribunal, interpuso el recurso de casación, admitido en auto de cuatro de agosto del año próximo pasado, el que se sustentó en demanda declarada conforme a los requisitos de ley, en proveído de veintisiete de octubre del año en referencia. El Procurador Primero Delegado en lo Penal, se abstuvo de ampliar el libelo acusatorio "en razón de no compartir los planteamientos de la censura", pero sin agregar réplica alguna "por cuanto ha sido criterio de este Despacho, que el Ministerio Público es una unidad integrada para casos como el presente, por el Fiscal recurrente y la Procuraduría".

De los hechos

Así aparecen relacionados en el fallo del Tribunal:

"... con fecha 16 de octubre de 1975, la Seccional de Automotores de Policía Judicial retuvo al señor Germán Ospina en la ciudad de Ibagué, el automóvil marca Chevrolet Malibú, modelo 1973, identificado con las placas JK-46-10, número de motor K1222CKEHCV103224. Dicho automotor se encontraba amparado con documentos apócrifos, entre otros el Manifiesto de Importación y la supuesta autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores para dar en venta el mismo, haciendo aparecer así que se trataba de vehículo de Agente Diplomático. Con tales documentos fue matriculado en la Circulación y Tránsito de Transportes de Ibagué, figurando a nombre de Lisandro León Garzón. Posteriormente, Eudoro Matta González lo dio en venta a Germán Ospina Rivas, último poseedor del vehículo encartado en la presente averiguación, y que fue procesalmente justipreciado en la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) moneda corriente, y señalado como de fabricación y procedencia venezolana ...".

Y respecto de la actividad de Angelino Oviedo Celis, se dijo:

"... En dicha diligencia (indagatoria) expresa ocupar el cargo de Jefe de la Sección de Automotores en la Oficina de Transportes y Tránsito del Tolima, siendo su función la correspondiente a la revisión de los vehículos para efectos de matrículas, traspasos, cambio de colores, etc.

"Al ponérsele de presente los documentos expedidos por la Circulación de Ibagué y referentes al automotor entrabado, reconoce que ciertamente fueron por él elaborados en el sentido de haber sido quien practicó el correspondiente chequeo.

"Al indagársele la razón por la cual hace figurar en el experticio como número del motor el correspondiente a la serie, y como número de serie un guarismo no perteneciente al vehículo, señala que pudo existir 'algún error de mi parte, de ninguna manera de mala fe', y a lo mejor debido a la cantidad de trabajo existente, lo que lo llevó incluso a buscar los servicios del joven Neiger Martínez, quien le ayudaba a la confección de los formularios, siendo incluso factible que este mismo hubiese equivocado la numeración ...".

El motivo de la absolución se expuso del siguiente modo:

"... El artículo 21 del Estatuto Penal Aduanero, tipifica la siguiente conducta delictiva: '... el funcionario o empleado público o el encargado de una función pública, que intervenga en la *matrícula* de un automotor no nacionalizado ...' (el subrayado es nuestro). Se refiere entonces pura y simplemente al acto de *matricular* o intervenir en la *matrícula* de un vehículo no nacionalizado.

"*La matrícula* de un automotor, que legalmente debe denominarse *Licencia de Tránsito,* constituye según las voces del artículo 87 del Decreto 1344 de 1970 '... la autorización para que el vehículo pueda transitar en todo el territorio nacional, expedida por la autoridad competente ...'.

"Significa lo anterior que por tal término y por semejante concepto debe entenderse el acto primigenio de *empadronamiento* de un automotor, cuya finalidad esencial está constituida en permitirle su libre desplazamiento por el territorio nacional, porque a la luz de la ley, y apelando a un símil, ese vehículo *ha nacido jurídicamente.*

"Lo que con posterioridad sucede dentro de las transacciones comerciales comunes, deviene en el apelativo *traspaso,* cuyo objetivo ya no va encaminado concretamente a la obtención de una *Licencia de Tránsito,* sino a un medio de fijación de dominio. De allí que a la luz de las normas legales, un traspaso no pueda efectuarse si el vehículo no se encuentra previamente matriculado.

"Producto del deseo de los legisladores, o simplemente utilización impropia de los términos, es lo cierto que la conducta típica solamente estructuró para los efectos de la Legislación Penal Aduanera el acto de intervenir en la *matrícula* de un automotor no nacionalizado, mas no en los actos posteriores de *traspaso.*

"Si Angelino Oviedo Celis, *culposamente* colaboró en el irregular *traspaso* del Chevrolet Malibú *ya matriculado* a nombre de Lisandro León Garzón, incurrió en conducta *atípica,* que por lo mismo no puede serle reprochable a la luz de las normaciones penales aduaneras ...".

De la demanda

Se invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque "nos encontramos en presencia de una sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, consistente esta infracción en la no aplicación de la norma que regula el hecho debidamente comprobado, para el caso, la no aplicación del artículo 21 del Estatuto Penal Aduanero, al hecho comprobado de que Oviedo Celis sí intervino y facilitó con su dictamen falso la matrícula de un automóvil no nacionalizado". De ahí que solicite de la Corte un fallo de condenación para este procesado.

Y las demostraciones propias del cargo, se concretan así:

Si se comparan las reales características del automotor —folio 4— con las que admitió y dio por reconocidas Oviedo Celis —folios 43 (antes 46) y 44 (antes 47)—, se deducen diferencias fundamentales (tipo, motor, serie y color). De no haber actuado en este sentido se habría impedido la matrícula del vehículo, pues "en ese momento habría resultado clara la contradicción entre esas características con las que lo hacían aparecer en el oficio AT/578/74 —folio 41 (antes folio 42)—, supuestamente dirigido por el señor Karl Heins Kerh y por el Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores y que en el curso de la investigación se comprobó que era falso, al tenor de lo expuesto por dicho señor Karl Heins Kerh" —folios 278-279 del cuaderno principal—.

La recurrente destaca que la actuación en la Dirección Departamental de Tránsito y Transportes del Tolima, estuvo dirigida a matricular el mencionado automóvil. Así se dice a folio 37 (antes 39) y por eso se autorizó la matrícula, asignándose la placa JK 46-10.

Y, en cuanto al traspaso del automotor, destaca:

"... También según puede verse sin dificultad, es el mismo procesado quien certifica sobre las características del vehículo a folio 44 del mismo cuaderno, a cuyo respaldo aparece estampado en

forma aquí sí bien clara, el sello de la Dirección de Tránsito y Transportes de Ibagué, en el cual se dice que como la anterior documentación reúne los requisitos para su trámite legal", el Director y el Secretario de esa dependencia autorizan, con fecha 20 de septiembre de 1974, el traspaso solicitado en el documento que hoy constituye el folio 43 del mismo cuaderno.

"Esto es, que para el traspaso también sirvió de base el dictamen pericial del procesado Angelino Oviedo Celis, como había servido para la matrícula del mismo vehículo. ¿Pero cuál es su situación en uno y en otro caso? Que mientras para la *matrícula* faltó a la verdad en la indicación de las características del carro, como ya quedó comprobado con la comparación entre lo certificado por él y lo dictaminado por la Policía Judicial, en cambio, en su certificación dada con motivo del traspaso se ajusta a la verdad, si se confrontan las características relacionadas por la Policía Judicial con las señaladas en el memorial petitorio del folio 46 y que el procesado confirmó con su firma y sello estampados a la altura de los renglones 14 y 15, lo mismo que a la altura de los renglones 32 y 33 de dicho memorial (hoja de papel sellado CC. 16458672). En efecto, en su indagatoria se lee:

" '*Preguntado:* ¿Reconoce como suya alguna de las firmas que aparecen puestas sobre el documento signado con el número 46, que se le pone de presente? *Contestó:* Reconozco como mía la firma que ocupa los renglones catorce y quince, como también la firma que ocupa los renglones treinta y dos y treinta y tres y el sello corresponde en ambas firmas al que yo utilizo' (folio 127, cuaderno principal) ...".

Para la impugnadora, la intervención de Oviedo Celis, en la diligencia de matrícula, es manifiesta y de ahí el yerro, o sea la no aplicación del artículo 21 del Estatuto Penal Aduanero, en armonía con el artículo 87 del Decreto 1344 de 1970.

Consideraciones de la Sala

El cargo que formula la funcionaria recurrente no puede lograr su propósito por varios motivos:

1. *La censura enfatiza que se trata de "la no aplicación de la norma que regula el hecho debidamente comprobado", esto es, el artículo 21 del Estatuto Penal Aduanero.*

¿Pero por qué se ha producido esta situación? ¿Acaso el Tribunal desconoce su existencia y alcance? ¿Niega acaso la pertinencia del citado artículo 21 para regular una actividad culposa de empleado público que permitió la matrícula de vehículo no nacionalizado? Si así fuera, no quedaría duda en que la impugnación se hizo en forma precisa y se demostró adecuadamente. Pero ocurre que el Tribunal no cuestiona, como se ha visto, la realidad y eficacia del mencionado dispositivo. Lo que niega es que la conducta de Oviedo Celis correspondiera a una gestión oficial de matrícula del vehículo introducido de contrabando. Aquí precisamente la divergencia entre los supuestos del fallo y los argumentos de la recurrente. En aquél se dice que no está demostrado, por la prueba allegada al expediente, que el procesado interviniera en su matrícula que sí lo hizo en un traspaso, o sea del señor Karl Heins Kerh (o Lisandro León Garzón, quien se decía su propietario actual) a Blanca Lilia Sánchez de Ospina. La demanda afirma que lo demostrado en la investigación fue que el citado Oviedo Celis, como perito de la Dirección Departamental de Tránsito y Transportes del Tolima, permitió que fuera matriculado.

Conviene, entonces, destacar que las tres hipótesis del aparte primero, causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (falta de aplicación de la ley, indebida aplicación e interpretación errónea), exigen coincidencia en cuanto a los hechos y el valor de las pruebas que concurren a su demostración. Y, evidentemente, esta concordancia no se da entre el fallo y la impugnación.

2. *Esto indica que debió recurrirse a la causal propia de la infracción indirecta (error de derecho: se negó el valor que correspondía a una prueba) y desarrollar el cargo conforme a la técnica propia de esta modalidad de la impugnación.*

3. Pero por fuera de estas anotaciones también debe destacarse una serie de aspectos que quebrantan la posición dialéctica de la demandante. Estos puntos, que simplemente se mencionan, son los siguientes:

a) Es verdad que en el documento de folio 37, se alude a la "matrícula" del referido automóvil; pero no es menos cierto que en el documento de folio 43, se indica, expresamente, que se trata del *traspaso* a favor de la señora Blanca Lilia Sánchez de Ospina;

b) Para sostener la recurrente que se trataba de "matricular" el mencionado automotor, anota que se le asignó la placa J. K. 46-10. Pero contra la fuerza que podría tener este argumento, se

debe citar el documento de folio 41, en donde se señala que, antes del traspaso a Blanca Lilia Sánchez de Ospina, figuraba con la placa de servicio diplomático D 8227.

Nótese, también, que en este oficial escrito se dice que "de conformidad con el artículo 36 del Decreto 1920 de 1971, el *traspaso* de este vehículo está exento del impuesto a las ventas". Se está reconociendo un fenómeno de nacionalización, para poder circular en todo el territorio de la nación, con adjudicación de placa diplomática, por las condiciones especiales de su importación, antes de saberse y demostrarse que toda esta documentación era falsa. De donde la tramitación subsiguiente se debía entender como "traspaso", con sustitución de placa, puesto que ya no estaba vinculado al servicio diplomático, sino a un aprovechamiento particular.

De ahí que también se haya consignado esta nota: "Matrícula Protocolo 26/10/73";

c) Conviene destacar, en relativo favor de la situación del mal funcionario que revela ser Oviedo Celis, que, en lo que fuera actuación suya más directa y controlada, o sea la que aparece a folio 37, hay menos irregularidades. Estas surgen en el documento de folio 43 confeccionado a máquina (el de folio 37 corresponde a composición manuscrita) y repartido en esta forma en la Dirección Departamental de Tránsito y Transportes del Tolima. De haber existido la necesidad de la actuación equivocada de Oviedo Celis, para adelantar la gestión administrativa, los cambios hubieran aparecido desde ese primer documento, que lleva fecha de 1º de abril de 1974, cuando el segundo se radicó el 13 de septiembre de 1974.

Adviértase, de otro lado, que desde la inspección verificada por Oviedo Celis, ya el vehículo figuraba con la placa particular JK 46-10, lo cual afirma la realidad del traspaso y no la de que fue matriculado para conseguir así el cambio de placa;

d) Sumamente extraño resulta que el documento de folio 37, indícase, como número de motor, el que aparece en el informe de Dipec —folio 4— como serie, cuando si se hubiera tratado de armonizar la documentación, la concordancia debió ser con el documento de folio 43, el cual, a su vez, coincide en el señalamiento de la serie con el que se determina para ésta en el informe de folio 4. Y el documento de folio 44, expresa como número de motor el que se menciona en forma invertida en el documento de folio 4, cuando debió concordar con el mencionado para este rubro en el documento de folio 43. Cuando se menciona a folio 37 el número de serie, no se escoge el que trae el documento de folio 43 y se toma como tal el que aparece en el documento de folio 41 como propio al motor.

De esto surgen inquietudes que ni la investigación ni la recurrente despejan. ¿Por qué Oviedo Celis, si actuó con el fin de matricular un vehículo no nacionalizado, no se acomodó integralmente a los números de motor indicados a folio 41 y por qué este documento tampoco se adecuó a lo expresado en el documento de folio 43? ¿Y por qué, en documento de folio 37, en lo relacionado con la serie, no se buscó identidad con el número señalado para esta a folio 41? ¿Y por qué algunas de las indicaciones de los documentos de folios 44 y 37 guardan afinidad con lo expresado a folio 4? ¿Hasta dónde esta disparidad lejos de facilitar las gestiones de la Oficina de Tránsito del Tolima, debió obstaculizarla? ¿Y cómo los que debían revisar la documentación, luego de intervenir Oviedo Celis, no advirtieron estas notorias discrepancias entre los documentos de folios 37, 41, 43 y 44? Es aquí donde la intervención del joven Neiger Martínez, de quien se dice en el proceso ayudó a Oviedo Celis a elaborar esos formularios, concurre a confundir más las cosas y a destacar que no es posible tomar una apreciación exacta que infirme las apreciaciones del Tribunal y avale las recortadas explicaciones de la recurrente, quien debió referirse en mejor forma a esta serie de documentos y divergencias si quería demostrar tanto la conducta de haberse matriculado un vehículo no nacionalizado como la exclusividad de esta acción en Oviedo Celis.

Estas consideraciones impiden que el cargo formulado prospere.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASA la sentencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

PERSONALIDAD DEL PROCESADO

Cómo se demuestra la depravación y el libertinaje y en qué consisten

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 33 de 3 de mayo de 1978.

Bogotá, D. E., mayo 3 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de primero del abril del año próximo pasado, impuso a Moisés Labarcé Mercado, como infractor a las prohibiciones del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, treinta y ocho (38) meses de prisión, así como las accesorias de ley.

En tiempo oportuno se recurrió el fallo, impugnación admitida en auto de veintitrés de junio del año en mención. La correspondiente demanda se declaró ajustada a los requisitos de forma señalados por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en decisión del primero de septiembre.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, estima que debe desecharse el propósito perseguido por el censor. Ya se tendrá ocasión de mencionar en concreto sus apreciaciones, cuando se estudie cada uno de los cargos formulados contra el ameritado fallo.

De los hechos

El Tribunal tuvo ocasión de precisar estos aspectos:

"... A raíz de las noticias llegadas a la Unidad Contra Narcóticos del DAS, de que en el apartamento 203 del inmueble número 3-93 de la calle 23 de esta ciudad, se celebraban periódicamente orgías entre homosexuales y otros elementos, a base de estupefacientes, la autoridad correspondiente efectuó un allanamiento y en el registro halló marihuana con peso de 39,3 gramos y cocaína con peso de 2,222 gramos, lo que ocurrió el día 21 de noviembre de 1975, figurando el apartamento a nombre de Moisés Labarcé Mercado ... II. En relación a la autoría, imputabilidad y consiguiente responsabilidad, obran los siguientes elementos probatorios: acta de la diligencia de allanamiento y registro al apartamento número 201 de la calle 23 número 3-93 de esta ciudad, efectuada por el Juzgado 71 de Instrucción Criminal en asocio del Delegado de la Procuraduría, del Teniente Ejecutivo de la Unidad de Narcóticos del DAS, donde se da cuenta de que en el apartamento aludido fueron halladas marihuana y cocaína, según las pruebas iniciales efectuadas allí; y, que posteriormente fue confirmado por el Laboratorio de Toxicología del Instituto de Medicina Legal en sus experticios.

"En la misma diligencia de allanamiento, pero afuera en la calle, fue aprehendido Moisés Labarcé Mercado, quien admitió ser el ocupante del mencionado apartamento.

"Obra, además, el informe de fecha 14 de noviembre de 1975, ratificado, donde se anota que en el apartamento ocupado por Labarcé Mercado se realizaban periódicamente orgías entre homosexuales y otros, utilizando estupefacientes.

"Así mismo se allegó constancia de la Cárcel Modelo, donde se afirma que ha ingresado detenido Labarcé Mercado por lesiones, proxenetismo y homicidio ...".

De la actuación procesal

La averiguación previa la asumió el Juzgado Sesenta y Uno de Instrucción Criminal, quien

remitió las diligencias practicadas a la Brigada de Institutos Militares.

De allí pasó el proceso, para su perfeccionamiento, al Juez Quinto de Instrucción Penal Militar, quien indagatorió a Labarcé Mercado, y ordenó la práctica de varias experticias, así como la ratificación de informes y solicitud de antecedentes. Luego decretó la detención preventiva del incriminado. En auto de 15 de julio de 1976, se declaró cerrada la investigación y se dio el correspondiente traslado para alegar, término aprovechado directamente por el procesado. Reasumida la jurisdicción por la justicia ordinaria, el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá, llamó a Labarcé Mercado a responder del cargo de "posesión de estupefacientes o sustancias que producen dependencia síquica", providencia que se notificó en forma debida. El citado despacho no accedió a la práctica de algunas diligencias. Finalmente se realizó la audiencia pública y, el juzgador de la primera instancia, produjo su sentencia, en la cual fijó una pena de treinta y seis (36) meses de prisión, enmendada luego, en la forma indicada, por el Tribunal.

De la demanda y su respuesta

Cargo primero. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho y consiguiente apreciación errónea en materia probatoria. Las peritaciones no se llevaron a conocimiento del procesado. Se violó, entonces el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, se produjo la aplicación indebida de los artículos 9 de la Ley 17 de 1973 y 38 del Decreto 1188 de 1974.

Los dictámenes son los que figuran en los folios 26, 40, 47, 48, 49 y 50, los cuales, al decir del recurrente, Labarcé Mercado solicitó se le hicieran conocer —folio 91—.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal tiene oportunidad de refutar al censor con la cita del folio y el contenido de la providencia dictada para cumplir con esa obligación de llevar a conocimiento del procesado las correspondientes pericias. Es así como se menciona el folio 33, en el cual se cita el dictamen de 1º de diciembre de 1975 —folio 26—, positivo para marihuana; y el folio 51, en donde consta la notificación del "peritazgo de medicina legal obrante en las sumarias", o sea los dictámenes de folios 40, 41, 42, 47, 49 y 50, algunos de ellos pertinentes al proceso por su resultado positivo.

Y, en cuanto a la petición de Labarcé Mercado, 89 a 92, ésta no pretendía recibir noticia de esos dictámenes, conocidos suficientemente sus textos, sino la fijación de la cantidad de sustancia decomisada, aspecto establecido en algunas de esas pericias y en las diligencias previas. El juez, al negar el pedimento de Labarcé Mercado, dijo en auto de 22 de septiembre de 1976, oportunamente notificado, que: ... al folio 6 del cuaderno original, en diligencia de allanamiento y registro practicado por el Juzgado Sesenta y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá, se estableció ... un peso de 47.5 gramos el vegetal incautado que al ser examinado dio resultado *positivo de marihuana,* tal como lo conceptúa el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, al folio 26 ..." —folios 94-95—.

La acusación no prospera.

Cargo segundo. Violación indirecta de ley sustancial por error de hecho y consiguiente apreciación errónea en materia probatoria. Consistió en la falta de peritación médica para establecer la posibilidad de una dosis personal en las sustancias que el proceso relaciona con Labarcé Mercado —artículos 38 inc. 2º y 39 del Decreto 1188 de 1974—.

Como faltó esta prueba médico-legal "no puede válidamente hablarse ni de dosis personal ni de sobredosis, porque sabido es que las deficiencias probatorias no autorizan transacciones sustanciales". Se violó el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil (se tuvieron en cuenta pruebas no allegadas al expediente) y también se dio aplicación indebida de manera indirecta o mediata de los artículos 9º ordinal 4º inciso 2º de la Ley 17 de 1973 y 38 del Decreto 1188 de 1974.

Muy atinada es la réplica que la Delegada dirige a esta censura y que expresa en estos términos: "... la ilogicidad de este planteamiento se desprende de la circunstancia irrefutable de no estar cuestionada tal situación por el procesado, ya que éste en su indagatoria y diferentes oportunidades en que se comunicó con el juez y funcionario instructor, aduce la exculpación de que la droga no era suya, sino que sujetos desconocidos la habían dejado en su poder como garantía de una deuda contraída por consumo de bebidas embriagantes, infantil coartada que en nada guarda relación con la especial situación que crea el inciso 2º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

"Se está significando, entonces, que el cargo nó tiene fundamento, ya que es obvio que la llamada dosis personal es reconocida al sujeto clasificado como drogadicto, y la cual sólo se reconoce por dictamen médico-legal, 'teniendo en cuenta

la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínicas del sindicado' (artículo 39). Por cuanto Labarcé no reclama se le reconozca la drogadicción porque él mismo lo manifiesta nunca ha usado o consumido ninguna de las sustancias que producen la dependencia, no podría tener una historia o situación clínicas para aportar al proceso a fin de facilitar el experticio médico-legal, y, aunque esto sí hubiera ocurrido, imposible sería que la cantidad de hierba encontrada al sujeto condenado, pudiera tenerse como dosis personal ...".

Como no se cuestionó, en momento alguno, el aspecto considerado en el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, y por el contrario, los elementos probatorios demostraron otra clase de conducta delictiva, mal puede cargarse como defecto del fallo, y de la investigación, tema ajeno a uno y otra.

El cargo resulta inadmisible.

Cargo tercero. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación probatoria. Normas quebrantadas: artículos 174 del Código de Procedimiento Civil y 8º del Código de Procedimiento Penal y 37, numeral 1º, Código Penal.

Objeta el recurrente la intensificación de pena dispuesta por el Tribunal (dos meses), al deducir para el procesado la circunstancia de mayor peligrosidad de sus antecedentes de depravación y libertinaje. Indica el censor que, un gravamen de esta naturaleza, presupone un dictamen siquiátrico y no un simple informe como el del folio 61.

El Tribunal, agrega el impugnador, "al incrementar la pena incurrió en error de hecho en materia probatoria por tener como acreditados los antecedentes de depravación y libertinaje sin haber prueba de ellos". Para el Ministerio Público esta observación resulta impertinente por exigir "que los antecedentes del sindicado puedan ser materia de un dictamen siquiátrico, y no del informe objetivo rendido por la respectiva oficina o sección jurídica del establecimiento carcelario, donde están catalogados dichos antecedentes".

A este cargo debe responderse que es igualmente inadecuado afirmar que las sindicaciones constituyen, por sí y de modo fatal, la circunstancia de tratarse de un depravado o libertino, como pretender que sólo una pericia médico-siquiátrica es el único medio para establecer esta condición. La doctrina, es cierto, enseña que "los antecedentes judiciales y de policía de un procesado, y su vida libertina y depravada son cosas distintas", pues es dable que esta segunda situación surja sin que existan los primeros factores. La mayor peligrosidad en este campo, reside en que la conducta regular o dominante de una persona lo muestra como prototipo de falta de ética con costumbres censurables, en fin con evidentes signos de padecer "una atrofia profunda y casi absoluta de la moralidad, en forma tal que el sujeto libertino y depravado es un ser corrompido en grado máximo, que sólo vive para él y de él se alimenta; es algo despreciable, cuyo comportamiento constituye una carga para la sociedad y una piedra de escándalo para ella".

Este es, pues, un juicio sobre la personalidad del procesado, deducible de la forma como suele mal vivir. Las constancias de folio 61, agregadas a los informes relacionados con la conducta social de Labarcé Mercado (realizaban orgías acompañadas de estupefacientes), llevaron a esta exagerada apreciación sobre su modo de ser tanto individual como social. La censura exhibe relativo acierto cuando destaca que las sindicaciones por delitos no pueden constituir el hecho a que atiende esta circunstancia de mayor peligrosidad, en la forma correcta como debe interpretarse.

Pero no prospera el cargo por carecer de efecto positivo en el sentido que se quiere, esto es, disminuir esos dos meses de prisión en que fuera aumentada la pena básica. Las normas generales del artículo 36 del Código Penal y la posibilidad de entrever otras circunstancias de mayor peligrosidad, distinta a la que se comenta, el manejo de diversas clases de sustancias o drogas propicias a la dependencia síquica, permitirían, en la corrección del fallo, dispensar un aumento de pena superior incluso al que señaló el Tribunal.

Esto es suficiente para desechar la censura.

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 el ameritado fallo.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

ALCALDES MUNICIPALES

Sus facultades como funcionarios de Policía Judicial

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 33, mayo 3 de 1978.

Bogotá, D. E., mayo 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Agotado el procedimiento de ley, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga contra la sentencia de nueve de mayo del año inmediatamente anterior, mediante la cual se confirmó la de doce de enero del mismo año proferida por el Juzgado Primero Superior de Tuluá, en la cual fueron condenados a diversas penas privativas de la libertad los acusados Octavio Zuluaga Vargas y José Orlando Vargas Zuluaga, como responsables de los delitos de homicidio y tentativa de secuestro cometido el primero de los delitos en la persona de Luis Carlos Villegas y el segundo en perjuicio del señor Enrique Espinosa Salcedo, hechos ocurridos el día 4 del mes de enero del año de 1972 en jurisdicción del Municipio de Riofrío (Valle).

El recurso fue admitido por esta Sala por medio de auto del 20 de septiembre último, en el que se dispuso igualmente correr traslado al recurrente para la formulación de la demanda, la que se presentó en oportunidad legal.

Hechos y actuación procesal

En el auto vocatorio a juicio el Juzgado Primero Superior narra los hechos de la siguiente manera:

"En las horas de la mañana del cuatro (4) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972), en el sitio denominado "El Bosque", situado en las inmediaciones de las poblaciones de Riofrío y Salónica, en la carretera que los une, tres sujetos interceptaron el vehículo donde viajaban los señores Enrique Espinosa Saldarriaga, su hijo Enrique Espinosa Salcedo y el chofer Luis Carlos Villegas Morales, empleando para tal acción una carga de leña que arrojaron a la vía. Acto seguido hicieron su aparición dos de los facinerosos, quienes provistos de armas de fuego, constriñeron a los viajeros para que se apearan del vehículo. Como el chofer Villegas Morales al bajar de la camioneta se proveyó del revólver de Espinosa Saldarriaga, uno de los asaltantes que se encontraba estratégicamente apostado a un lado de la carretera disparó su arma por repetidas ocasiones, haciendo blanco con dos proyectiles en la humanidad de Villegas ... causándole la muerte en forma instantánea ... Una vez consumado el crimen, los foragidos emprendieron la huida, mientras que el señor Espinosa Saldarriaga recurría en demanda de auxilio para luego dar aviso de lo acontecido a las autoridades policivas de Riofrío" (folios 397 y siguientes).

Con fundamento en la noticia obtenida del ciudadano Rómulo Ramírez, el Alcalde Municipal de Riofrío, ordenó la apertura de la investigación mediante el correspondiente auto cabeza de proceso y en él ordenó la práctica de diversas diligencias, las cuales se cumplieron en su totalidad por el mismo funcionario de policía judicial.

De esa forma, recepcionó testimonios, oyó en indagatoria a los incriminados, realizó el levantamiento del cadáver del conductor, ordenó confrontaciones entre los acusados, y, finalmente, dictó auto de detención contra los mismos, luego de lo cual ordenó que el proceso pasara al Comando de la Tercera Brigada con sede en Cali a quien correspondía, por hallarse, para entonces, el país en estado de sitio.

Recibido el proceso por el Comandante de la Tercera Brigada, dispuso comisionar al "Juez

Primero de Instrucción Criminal (ambulante) de Buga, para que prosiga hasta su total perfeccionamiento las presentes diligencias sumarias ...''. Por su parte, el juez comisionado abocó el conocimiento del proceso y ordenó la práctica ''de todas y cada una de las diligencias puntualizadas en el auto cabeza de proceso y las que se considere necesarias para el perfeccionamiento de la sumaria'' (folio 70 vuelto).

Posteriormente, el mismo Comandante de la Tercera Brigada, por vencimiento de la comisión conferida al Juez Primero de Instrucción Criminal, resolvió comisionar al Juez Dieciséis Penal Militar ''para que prosiga la presente investigación ... hasta su total perfeccionamiento'' (folio 116). El funcionario instructor, dispuso, entre otras cosas, la ampliación de la indagatoria de los acusados diligencia que se cumplió con las formalidades de ley (folios 122 a 130).

Más tarde, el mismo Comandante de la Tercera Brigada, ordenó una tercera comisión, en esta oportunidad para el Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar (folio 169). En desarrollo de esa comisión el Instructor dictó un auto en el que dispuso la práctica de diversas diligencias y la ampliación de otras que ya habían sido practicadas por el Alcalde Municipal de Riofrío (folio 170).

Perfeccionada la investigación el Comandante de la Tercera Brigada dispuso que el proceso pasara al Auditor de Guerra para que rindiera concepto sobre la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal (folio 220). Emitido el concepto favorable a la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, el Comandante de la Tercera Brigada dictó la Resolución número 09 de 16 de marzo de 1973, por medio de la cual convocó el Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los sindicados de homicidio, tentativa de secuestro, lesiones personales y robo (folio 223).

Celebrado el Consejo en el que los vocales contestaron afirmativamente los cuestionarios, el Comandante dictó sentencia de condena (folio 248), la cual fue apelada ante el Tribunal Superior Militar, en donde el Fiscal emitió concepto favorable a su confirmación (folio 248), y habiéndose levantado entonces el estado de sitio el proceso fue remitido al Tribunal Superior de Buga, en donde se cumplió la actuación que concluyó con la sentencia de condena objeto del recurso de casación.

El Tribunal Superior de Buga dispuso, en el trámite que se oyera al Ministerio Público, con respecto a la sentencia condenatoria apelada. Entonces, el Fiscal Segundo de la corporación, hoy recurrente, se abstuvo de emitir concepto, por cuanto ya lo había hecho el Fiscal ante el Tribunal Militar (folio 292).

El Tribunal al decidir sobre la apelación, resolvió declarar nula la actuación ''a partir del Oficio número 011 datado en enero 5 de 1972 por medio del cual, el señor Alcalde Municipal de Riofrío remitió a los capturados ... al Comando del Departamento de Policía Valle'', en el mismo auto ordenó la detención preventiva de los hoy condenados, y, finalmente, comisionó al Juzgado Superior (reparto) de la ciudad de Tuluá para que avocara la investigación y rehiciera la parte de la misma declarada nula.

El comisionado que lo fue el Juzgado Primero Superior de Tuluá, dispuso por auto visible a folio 310 la reconstrucción casi total del proceso, y, así se cumplió posteriormente.

Perfeccionada la investigación, el Juzgado Primero Superior comprometió en juicio criminal a los acusados, por los delitos de homicidio, robo y secuestro imperfecto.

Recurrida la providencia el Tribunal la confirmó, habiendo negado de paso la nulidad solicitada por el Fiscal recurrente, quien sostuvo que el proceso era nulo a partir del auto cabeza de proceso, por cuanto considera que los funcionarios de policía no están habilitados legalmente para dictar este auto fundamental en el proceso.

Resueltas algunas cuestiones marginales del proceso, se dictó la sentencia condenatoria, por parte del Juzgado Primero Superior, la que consultada con el Tribunal recibió su confirmación, no sin que previamente el señor Fiscal Segundo hubiera insistido sobre sus tesis de nulidad, que al ser rechazadas determinaron que interpusiera el recurso de casación que ahora se decide.

Demanda de casación y concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal para ampliar la demanda presentada por el Fiscal.

En el marco de la causal 4ª de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula un único cargo a la sentencia del Tribunal Superior de Buga, así:

Causal cuarta. ''La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad. El proceso que ha cursado

contra los condenados Octavio Zuluaga Vargas y José Orlando Vargas Zuluaga es nulo a partir del auto proferido el cuatro (4) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972), por cuanto el Alcalde Municipal de Riofrío, quien actuaba simplemente como ocasional funcionario de Policía Judicial, al tenor del artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, se abrogó atribuciones de funcionario de instrucción que únicamente pueden ejercer los que el artículo 48 del estatuto procedimental indica como tales''.

Que, como lo reconoció el Tribunal en la providencia en la que decretó la nulidad de la actuación cumplida por el Alcalde, éste no simplemente se limitó a la práctica de las diligencias preliminares, propias de la Policía Judicial, sino que avanzó más hasta dictar el auto cabeza de proceso sin tener competencia ninguna para ello, al tenor de lo dispuesto por el artículo 318 que claramente le atribuye esa función al juez instructor, calidad o condición que en ningún momento tienen los integrantes de la Policía Judicial.

Que, de acuerdo con lo anterior, el vicio de la mal llamada investigación arranca desde su nacimiento hasta el punto de que toda la actuación cumplida a partir del auto cabeza de proceso sería nula, no siendo admisible, de otra parte, el empeño del Tribunal por enmendar tales irregularidades, ya que, según el censor, la única providencia válida que debiera haberse proferido en este proceso, era precisamente, la que reconociera la nulidad de la actuación.

Con fundamento en lo expuesto, el Fiscal demandante, solicita a la Corte declare la nulidad invocada en la demanda y, ''por lo mismo declare que el asunto cuestionado queda en estado de indagación preliminar'', para que un funcionario competente dicte entonces sí, el correspondiente auto cabeza de proceso.

Se considera

Para poder hacer una valoración exacta de las razones que tuvo el Tribunal para no acceder a las reiteradas solicitudes de su colaborador fiscal, en el sentido de que se decretara la nulidad de la actuación cumplida por el Alcalde Municipal, es conveniente, examinar los fundamentos de tal determinación.

Así, en el auto de 14 de mayo de 1972 mediante el cual, posiblemente con exceso de celo, por cuanto ya habían actuado tres funcionarios competentes para ello —dos Jueces de Instrucción Criminal y el Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali— el Tribunal hizo estas precisas consideraciones para apoyar su decisión sobre nulidad parcial:

''Ahora bien. De acuerdo con la norma prevista en el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, los alcaldes municipales ... solamente están facultados para ejercer ocasionalmente funciones de Policía Judicial, en casos de urgencia, o cuando por cualquier circunstancia no intervenga inmediatamente el funcionario de instrucción o la Policía Judicial. En tales condiciones, y de conformidad con el artículo 289 ibídem, a los aludidos funcionarios de policía se les confiere una serie de atribuciones tendientes a obtener pesquisas acerca del esclarecimiento de los hechos que deben investigarse con prontitud, como también el conocimiento del autor o autores, cómplices, partícipes o auxiliadores del delito. Como en el caso de autos se hacía perentorio agilizar la labor investigativa a juzgar por la magnitud de los ilícitos perpetrados por los sujetos capturados, el señor Alcalde de Riofrío, a fin de llevar a efecto la práctica de las diligencias a él atribuidas en su carácter de policía judicial transitoriamente, lógica y razonablemente era necesario ordenarlas por medio de auto cabeza de proceso, y en consecuencia, gozando del término de veinticuatro horas conferido por el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal, optó por recepcionar algunas declaraciones de testigos e igualmente oyó en indagatoria a los sindicados capturados, para luego ponerlos a disposición del Comando de Policía Valle dentro del citado término, por cuanto el establecimiento carcelario de la población de Riofrío no ofrecía las seguridades del caso para recluir a los forajidos, tal como consta en oficio obrante al folio 29 del cuaderno original''.

De suerte que, continúa el Tribunal, las pruebas que practicó el Alcalde dentro de los términos consagrados en el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal buscaban los fines expresados en el artículo 309 de la misma obra, pruebas que, de otra parte, tienen suficiente valor al tenor de lo mandado por el artículo 306 del Estatuto Procedimental Penal.

Entendió, sin embargo el Tribunal, que el hecho de haber el Alcalde definido la situación jurídica de los incriminados, lo hacía caer irremediablemente en una extralimitación de sus funciones con la consiguiente invalidez de sus actos. Y, de este modo, como ya se reseñó, declaró la nulidad parcial del proceso reconociendo validez

a las pruebas decretadas en el auto cabeza de proceso, que es precisamente el aspecto que cuestiona en la demanda de casación el Fiscal recurrente.

A las precisas consideraciones del Tribunal que ha buscado, y lo logró, convalidar desde el punto de vista puramente formal la actuación del Alcalde, solamente habría que agregar, para sostener la legalidad de esa actuación, y, desde luego la validez de la sentencia impugnada, que, como se advirtió, con posterioridad a la actuación del Alcalde, lo hicieron varias autoridades competentes para instruir el proceso y mediante su actuación quedó, sin la menor duda, refrendado cualquier vicio o irregularidad de que en principio hubiera adolecido el proceso.

Primeramente, téngase presente, como ya quedó anotado, que el Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali, una vez recibió el proceso de parte del Alcalde, con plena competencia para ello, puesto que el país se hallaba en estado de sitio y a las autoridades militares les estaba atribuido el conocimiento de los delitos de secuestro y conexos, dictó un auto avocando el conocimiento de la investigación y ordenando que un Juez de Instrucción Criminal perfeccionara el proceso, lo cual se cumplió en varias oportunidades.

Sin la menor duda, y el examen del proceso habilita suficientemente para hacer esta terminante afirmación, las pruebas sobre las cuales descansa el fallo condenatorio materia del recurso extraordinario fueron recaudadas, con el lleno de las formalidades legales, en las diversas oportunidades en que intervinieron en el proceso, primero los Jueces de Instrucción Criminal, y luego el Juez Superior de Tuluá, de donde debe concluirse que si bien existió originalmente una irregularidad que pudo viciar de nulo el proceso, tal irregularidad, por cuanto atañe a los intereses de los sindicados, no contó con la menor importancia.

Lo anterior se afirma, porque como lo ha dicho la Corte, el planteamiento de las nulidades en el proceso penal crea un conflicto entre dos derechos, uno de interés público, de conveniencia social, representado por el Estado que busca la represión del delito sin obstáculos en el procedimiento; y otro, de carácter particular que radica en la defensa del procesado que pide se le juzgue mediante el cumplimiento de las formalidades propias del juicio, que se reitera, en el caso concreto no sufrió mengua de ninguna naturaleza.

En consideración a las razones 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

DEMANDA EN FORMA

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 33 de mayo 3 de 1978.

Bogotá, D. E., mayo 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 18 de agosto de 1977, para confirmar en ella la que emitió el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de esta misma ciudad el día 18 de mayo del mismo año y que fue de condena para Guillermo Augusto Dyer Jr., por infracción al Decreto 1188 de 1974. La pena principal impuesta fue de tres (3) años de presidio y se le condenó también, esta vez, en forma genérica, al pago de perjuicios. Se le impuso una multa de cinco mil pesos ($ 5.000.00) y se le dedujeron e impusieron sanciones accesorias y se ordenó su expulsión del país una vez cumplida la pena principal.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Se han resumido así en las instancias: "Por comunicación fechada el 15 de diciembre de 1976, suscrita por el Teniente Hugo López Paredes, Jefe de Turno de la Policía Judicial de Eldorado, se tuvo conocimiento de que el ciudadano Guillermo Augusto Dyer, portador del pasaporte número G-1770463, expedido en Miami, cuando se disponía a viajar a Lima, Perú, en el vuelo 203 de la compañía Air France, fue conducido a la Oficina de Policía Judicial con el objeto de someterlo a una revisión tanto corporal como de equipaje, que concluyó con el hallazgo en su poder de algunos paquetes envueltos en papel para regalo que contenían hierba, a cuyo examen de narcotest resultó positivo para 'marihuana' " (folio 11).

2. La actuación procesal subsiguiente:

La investigación se abrió el 18 de diciembre de 1976 en el Juzgado Noventa y Dos de Instrucción Criminal. Allí fue indagado el capturado el día 21 siguiente y, en auto del 28 del mismo mes se le detuvo (folios 20 y 29). Recogidas las declaraciones de los policiales que efectuaron la captura y el decomiso, examinada técnicamente la marihuana incautada, se declaró cerrada la investigación el 31 de enero de 1977 y el 23 de febrero se calificó mediante enjuiciamiento de Guillermo Augusto Dyer Jr. como autor de un delito ubicable en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, sobre estupefacientes (folios 60 y 63).

La audiencia pública se realizó el 25 de abril de 1977 (folio 73). La sentencia condenatoria de primera instancia lleva fecha del 18 de mayo (folio 82) y la de segunda, que es ahora objeto de la impugnación, el 18 de agosto del mismo año (folio 11, cuaderno 2º).

3. La demanda de casación:

Invoca el demandante la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque, en su parecer, la sentencia impugnada violó la ley sustancial indirectamente "por error de derecho y consiguiente apreciación errónea en materia probatoria". Afirma que no se aplicaron los artículos 265 y 216 del Código de Procedimiento Penal y el 36 del Código Penal, y que se aplicó indebidamente el inciso 1º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Efectúa al principio de su escrito una diferencia entre las conductas descritas por el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, para decir que una cosa es el tráfico y otra el consumo de marihuana en este caso y dice que "lo determinante o sustancial para diferenciar el consumo del tráfico es la singularidad o pluralidad de destinatario. Puede tratarse de una buena cantidad, para el consumo de una persona durante varios días y entonces estaremos ante la figura del consumo y no del tráfico, así como también

puede tratarse de una cantidad inferior, para el consumo de varias personas durante un día y entonces estaremos ante la figura del tráfico y no del consumo. Es esta la correcta calificación jurídica sustancial y no la simplista y automática hecha por algunos jueces y magistrados''. Agrega, en este orden de cosas, que el procesado manifestó en su indagatoria que era un drogadicto y, a pesar de esta revelación no se le practicó un examen médico, prueba ésta que considera única para que pueda hablarse de dosis o de sobredosis ''porque sabido es que las deficiencias probatorias no autorizan transacciones sustanciales, por mandato del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, dejado de aplicar en la sentencia impugnada''. Al faltar el dictamen médico el fallador dio por afirmado el ''elemento subjetivo o responsabilidad'' del procesado, sin hacer la adecuación típica de la sanción de manera subjetiva'' como lo ordena el artículo 36 del Código Penal que habla de la personalidad del agente como punto básico para deducir la sanción.

Transcribe un párrafo de la sentencia y dice de él que el error del Tribunal se originó en la apreciación probatoria errónea derivada de la afirmación ''del elemento subjetivo o personalidad del sindicado'' sin tener la base adecuada para hacerlo así. Esta base probatoria adecuada es la pericia médica que falta y que no puede ser suplida, como lo hizo el Tribunal, con las declaraciones de los policiales que efectuaron la captura y el decomiso. De este error se llegó a la aplicación indebida del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y a la falta de aplicación del artículo 36 del Código Penal. Y se dejó de aplicar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal que ordena resolver la duda, cuando no haya modo de eliminarla, a favor del procesado.

Al final solicita una decisión absolutoria que resuelve así: ''Se impone, en consecuencia, una decisión absolutoria si aplicamos los artículos 265 y 261 del Código de Procedimiento Penal, no aplicados en la sentencia, así como también el artículo 36 del Código Penal, y si por otra parte dejamos de aplicar el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, mal aplicado en esta misma providencia''.

4. La contestación del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que existe una ostensible falta de técnica en la confección de la demanda hasta el punto de que no puede saberse cuál es el exacto y preciso pensamiento del impugnador ''con respecto a la naturaleza de la violación a la ley sustancial que pudo haber realizado el fallo''. Dice que como cargo único plantea el de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho y consiguiente apreciación (errónea) en materia probatoria pero, inmediatamente afirma que las normas sustanciales violadas lo fueron ''por falta de aplicación'' unas, y ''por aplicación indebida'' otras. Deduce de allí el Ministerio Público que el demandante afirma que el fallo produjo ''simultáneamente, violación directa e indirecta a la ley sustancial'', lo cual resulta absurdo por contradictorio y equivale a que el censor toma presupuestos de la violación directa y de la violación indirecta y hace una ''extravagante mixtura para conformar una causal híbrida''. Agrega que si se alega violación directa ''hay que partir del presupuesto único de aceptarse que el procesado fue el autor de los hechos por los cuales se le juzgó'' y al alegarse quebranto indirecto ''se rechaza la autoría de los mismos hechos'', con lo cual se viola el principio de contradicción que es ''el que impide la predicación simultánea de ambas violaciones''.

La alegación de violación indirecta de la ley, dice, sólo puede edificarse ''sobre dos únicos pilares'' que son el error de hecho y el error de derecho en la apreciación o valoración de la prueba y ambos deben ser presentados y demostrados en capítulos diferentes o separados ''pues también es axioma, que ellos no pueden ser imputados simultáneamente a una misma operación intelectual del juzgador con respecto a una misma prueba.

Dice, además, que el demandante no demostró el yerro jurídico que atribuye al juzgador, pues se limitó a señalar dos artículos del Código de Procedimiento Penal como disposiciones quebrantadas, pero omitió destacar el valor que ellos reconocían al presupuesto de certeza ''que recibió otro valor diferente por mero capricho del *ad quem*''. Concluye al decir que aun en el supuesto de que fuera única e independiente la acusación por violación directa de la ley sustancial, no basta afirmar que no se aplicó una norma y que otra se aplicó indebidamente, ''sin abundar en razones, no explicativas sino demostrativas de aquella y esta hipótesis'' equivale a inexistencia del cargo. Solicita, al final, desechar la demanda.

5. Las consideraciones de la Sala:

La demanda carece de fuerza, no porque el autor incurre en contradicción al formular el cargo de violación indirecta de la ley sustancial y, al mismo tiempo, alegar violación directa según la

objeción que formula el Ministerio Público, sino porque acusa a la sentencia por violación indirecta con base en un pretendido error de derecho en la valoración de la prueba y encamina todo su esfuerzo a demostrar lo que de ser cierto constituiría error de hecho.

Lo dicho resulta claro si se tiene en cuenta que la alegación central del demandante se fundamenta en la ausencia de un examen médico que, en su concepto, debió practicarse al procesado desde el momento mismo en que afirmó que sí fumaba marihuana, o, lo que viene a ser lo mismo, que era adicto a la droga. Ese examen, en su sentir, era indispensable para ubicar la infracción en la modalidad del consumo o en la del tráfico, conductas alternativas éstas que prevé el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, porque la personalidad del procesado es definitiva en estos casos y, por imperativo del artículo 36 del Código Penal debe establecerse como elemento para deducir la subjetividad del hecho que se le imputa. En este orden de cosas destaca un párrafo de la sentencia para concluir que a cambio de la prueba idónea, el examen médico, el juzgador tuvo en cuenta para deducir el elemento subjetivo de la infracción de los testimonios de los policiales que efectuaron el decomiso de los ocho mil cien gramos de marihuana y dieron captura a su poseedor. En estas circunstancias, agrega, el juzgador debió resolver la duda que se le presentaba a favor del reo tal y como lo ordena el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal y absolverle.

No puede afirmarse que el elemento subjetivo de la infracción debe comprobarse siempre mediante peritos. Lo que sucede en este caso es que el juzgador utilizó los testimonios de los policiales captores para deducir dicho elemento cuando quiera que en sus declaraciones se limitan a dar cuenta de las actividades pesquisadoras que realizaron y de la conducta que ante ellos asumió el requisado. Pero, si bien se miran las sentencias, la de primera y segunda instancia, debe observarse que ese elemento subjetivo lo deducen los juzgadores de la versión de indagatoria, de la cantidad de droga decomisada, de las circunstancias de conducción de la misma a otra parte, etc. Tal vez para redundar en sus razonamientos y comprobaciones el juzgador de segunda instancia utilizó los testimonios de los policiales que nada dicen al respecto y con ello incurrió en error de hecho, no de derecho como alega el censor, porque no admitió ni concedió valor probatorio a un hecho allegado al proceso con omisión de las formalidades previstas en la ley, ni valoró un hecho para otorgarle un mérito superior o inferior al que le fijó el legislador, sino que encontró en los testimonios dichos una prueba imposible de hallar allí. En definitiva, el juzgador supuso esa prueba en las declaraciones de los captores y ello constituye, ya se dijo, error de hecho. Por estas consideraciones se llega a la conclusión de que la demanda debe rechazarse y, en consecuencia, se hace imposible casar la sentencia impugnada.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

AVALUO PERICIAL

El artículo 265 del Código de Procedimiento Penal no establece que el avalúo sea prueba única para establecer el cuerpo del delito

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 36.

Bogotá, D. E., mayo 17 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por Adolfo León Lerma González, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 13 de octubre de 1975, que confirmó la expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la antecitada ciudad, mediante la cual fue condenado el recurrente.

Como ya tuvo la oportunidad de hacerlo constar esta Corporación, los constantes y antijurídicos incidentes de excarcelaciones promovidos por los procesados entorpeció el trámite del recurso, hasta el extremo de que habiéndose declarado admisible éste por auto del 2 de febrero de 1976, sólo pudo llegar al Despacho para decidir dos años después.

Antecedentes

1. El 15 de octubre de 1973, siendo las diez y media de la mañana, varios sujetos asaltaron, a mano armada, la agencia del Banco Comercial Antioqueño del Brrio Santa Mónica de Cali (Avenida 6A Nº 30N-41), de donde robaron la suma de novecientos cuarenta y tres mil ciento ochenta y cinco pesos con 1/100 ($ 943.185.01).

2. Llamados a juicio los responsables, y tramitado el proceso en forma legal, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali dictó sentencia de primera instancia, por la cual condenó a ocho años de presidio a José Didier Rodríguez Vélez (a) El Tísico, Jaime Betancourt Mesa (a) El Loco, a Guillermo Caicedo (a) El Panadero y a nueve años de presidio a Dualiby Libreros Gaitán, como autores materiales del robo; y como cooperadores no necesarios a Carlos Eduardo Rengifo Rodas (a) Gogó, Wilson Martínez Gil, Arnaldo Egea Ramírez (a) El Ciego y Julio Zorrilla a cuatro años de presidio; a Adolfo León Lerma González a seis años de presidio; y a Pablo Enrique Arias González a cinco años y cuatro meses de presidio.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia de primera instancia con la suya de 13 de octubre de 1975, contra la cual interpusieron recurso de casación los condenados Jaime Betancourt Mesa (a) El Tísico, Dualiby Libreros Gaitán, Carlos Eduardo Rengifo Rodas (a) Gogó, Wilson Martínez Gil, Arnaldo Egea Ramírez, Pablo Enrique Arias González y Adolfo León Lerma González, pero sólo éste sustentó el recurso con demanda formulada por su apoderado, razón por la cual se declaró desierto el que interpusieron los otros recurrentes. De los reos, fueron juzgados y condenados en ausencia Guillermo Caicedo (a) El Panadero y Julio Zorrilla.

La demanda

Dos causales de casación se plantean en la demanda presentada a nombre del acusado Adolfo León Lerma González.

Causal cuarta. Se enuncia diciendo: "La sentencia condenatoria dictada por el honorable Tribunal Superior de Cali en contra del procesado Adolfo León Lerma González fue dictada en un proceso viciado de nulidad supralegal, por vio-

lación directa del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y violación indirecta del artículo 26 de la Constitución Política en su previsión de falta de observancia de las formas propias del juicio penal".

Después de expresar que el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal determina que para dictar auto de proceder se requiere que el cuerpo del delito aparezca plenamente comprobado y que contra el procesado se haya recaudado por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o graves indicios de su responsabilidad como autor o partícipe del hecho que se investiga, y también luego de exponer que entre los requisitos formales, el artículo 483 ibídem dice que el auto de proceder debe contener el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado, lo mismo que la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, formula los siguientes cargos dentro del marco de esta causal.

Primer cargo. El cuerpo del delito de robo que se imputa al recurrente no fue probado porque no se hizo su avalúo por peritos, conforme lo demanda el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal. Tampoco se estableció el cuerpo del delito por ningún otro medio probatorio, pues apenas se trajo al sumario la declaración de Adolfo Giraldo Castaño, Gerente del Banco asaltado, quien afirmó que la cuantía del dinero robado ascendía a $ 943.185.01 y con esta declaración, la sentencia acusada tuvo por establecido el cuerpo del delito, que el artículo 310 del Estatuto Procesal Penal define y que el 481 enumera como requisitos esenciales para proferir enjuiciamientos.

Segundo cargo. No se estableció que el recurrente actuó con dolo, que es el elemento psíquico del delito.

Aun cuando en el relato que hizo en las dependencias del F-2 confesó haber participado en la comisión del robo al Banco Comercial Antioqueño, Agencia del Barrio Santa Mónica de Cali, en su indagatoria afirmó que tuvo que hacerlo porque se le amenazó con torturarlo si no firmaba una declaración que ya estaba confeccionada, y que no pudo leer porque no se lo permitieron sus presuntos atormentadores, de cuyas premisas la demanda extrae la conclusión de que el Tribunal debe atenerse a la indagatoria en cuanto el recurrente niega su participación en el robo, porque esa confesión está amparada con la presunción de veracidad que establece el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

Sintetiza el cargo así:

"El cargo que le formula al procesado Lerma en el auto de proceder consiste en que según el sindicado Arnaldo Egea Ramírez (folio 228 del cuaderno número 1), consistió en haber aceptado la propuesta que le hicieron de hacerles una carrera para ganarse unos pesos, propuesta que aceptó el procesado, pero en dicha propuesta no estaba establecido el motivo o fin de la carrera. Al procesado no se le dijo que la carrera que debería hacerles en el vehículo era con el fin de cometer el delito de robo contra el Banco. Leyendo detenidamente la indagatoria del sindicado Egea, visible a folio 228 del cuaderno antes citado, se llega a la conclusión de que el procesado Lerma fue sorprendido en su buena fe cuando accedió a prestar el servicio solicitado" (folio 61 del cuaderno de la Corte).

Y en el resumen que del mismo hizo, afirma:

"Se incurrió en error relativo al testimonio del sindicado Arnaldo Egea Ramírez, rendido ante el señor Auditor Auxiliar de Guerra, visible a folios 219 y siguientes, del cuaderno número 1, debido a las circunstancias en que se produjo, esto es, bajo la coacción durante largo tiempo en las dependencias militares donde llegaron hasta asimilarlo a militar sin serlo. La imputación lanzada contra Lerma, fue negada por éste en su indagatoria, razón por la cual su explicación vertida en su injurada tiene superior valor probatorio al dicho del testigo. Entre un testigo que afirma un hecho y un sindicado que lo niega, tiene superior valor probatorio la explicación del sindicado en razón de que él está amparado por la presunción de inocencia establecida por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal" (folio 62 del cuaderno de la Corte).

La violación de las formas propias del juicio, existe, porque "entre las garantías que ofrece el artículo 26 de la Constitución Política a los sindicados de un delito, está la de que el procedimiento se gobierne bajo la plenitud de las formas propias del juicio, entre las cuales está el derecho que tiene a que las pruebas en el proceso se le analicen bajo un criterio de rectitud y de justicia".

Agrega que "en el caso de Lerma González no se observó la plenitud de formas propias del juicio penal, cuando a pruebas no revestidas de la calidad de plenas ni de semiplenas, se les tomó en sentido de plena prueba para llamar a juicio.

Se incurrió en error al tomar como verdadera la afirmación de un testigo sospechoso como lo es Arnaldo Egea Ramírez y al atribuirle el valor de plena prueba. Se incurrió en error al estimar que el cuerpo del delito de robo estaba establecido en el proceso, sin estarlo, violándose por este motivo en forma directa, los artículos 216 y 217, lo mismo que el artículo 215 al dictar sentencia condenatoria".

También sostiene la demanda que la sentencia acusada quebrantó el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal porque el llamamiento a juicio no está respaldado por las pruebas que dicha norma exige, lo cual dificultó la defensa, por inobservancia de formas propias del juicio.

Termina pidiendo "la invalidación de la sentencia acusada para que en su lugar, se dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

Causal primera. Este motivo de censura lo enuncia la demanda diciendo que impugna "la sentencia recurrida con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por su segundo aspecto, concerniente a la violación indirecta de la ley sustancial".

En términos genéricos se hace la impugnación en los párrafos que a continuación se copian:

"Efectivamente, la sentencia, por errores de derecho en la estimación de unas pruebas, y por errores manifiestos de hecho en la apreciación de otras pruebas, el honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 402, en concordancia con el artículo 404 del Código Penal, y la Ley 21 de 1973, al dar por demostrado el delito de robo en cuantía de ($ 943.185.01), sin haberse practicado la prueba pericial por peritos contables con el fin de establecer la cuantía. No se demostró en el proceso el dolo en cuanto a Adolfo León Lerma, tal como lo exige la ley y la doctrina. Se le atribuyó el valor de plena prueba a un solo testimonio que no merece los serios motivos de credibilidad.

"Por los motivos anteriores, quebrantó el honorable Tribunal, el artículo 402, en concordancia con la Ley 21 de 1973, en el orden sustancial, por aplicación indebida, y en el orden procesal, los artículos 215, 216, 217, 265, 335, 346 y 392 del Código de Procedimiento Penal" (folio 65 del cuaderno de la Corte).

Después enumera varias censuras:

Primer cargo. El auto de proceder y la sentencia condenatoria se dictaron con fundamento en el testimonio de Arnaldo Egea Ramírez, quien durante la audiencia pública se retractó, y transcribe varias jurisprudencias de la Corte sobre el testigo único.

Segundo cargo. Como no se efectuó el avalúo de las cosas materia de la infracción, por peritos designados por el juez, y como tampoco resultó probado el dolo o elemento espiritual de la infracción, la sentencia acusada violó en forma directa los artículos 265 y 346 del Código de Procedimiento Penal y en forma indirecta los artículos 20, 402 y 404 del Código Penal, en concordancia con la Ley 21 de 1973, y agrega:

"En consecuencia, la sentencia no reúne las exigencias previstas en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal en razón de que no fue allegada a los autos la prueba plena y completa de la infracción por la cual se llamó a juicio al procesado, dando lugar a la aplicación indebida del artículo 402, en concordancia con los artículos 20, 404 del Código Penal, en el orden sustancial. Resultaron igualmente indebidamente aplicados los artículos 215, 216, 217, 265 y 346 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que el Tribunal por errónea apreciación de los hechos consideró que con la sola denuncia del señor Adolfo Giraldo Castaño bastaba para demostrar el cuerpo del delito de robo" (folio 69 del cuaderno de la Corte).

Tercer cargo. La sentencia acusada incurrió en evidente error de derecho, que consistió en haber considerado que los antecedentes del procesado probaban plenamente el cuerpo del delito de robo, previstos en el artículo 310 del Código de Procedimiento, lo que condujo al sentenciador "a aplicar indebidamente la ley sustancial y en el orden procesal los artículos 310, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal".

Cuarto cargo. "También incurrió el honorable Tribunal sentenciador en evidente error de hecho en la apreciación de la indagatoria del procesado, o mejor, en la falta de apreciación de esta pieza procesal, al no tener en cuenta el honorable Tribunal las explicaciones dadas a la justicia por el sindicado ante el señor Juez de Instrucción Penal Militar de la Brigada, mediante las cuales predicó su inocencia del hecho que se le imputaba. Al desconocerle el honorable Tribunal sentenciador este medio de defensa al sindicado, quebrantó en forma directa los artículos 215, 216, 217 y 264 del Código de Procedimiento Penal en el orden procesal, y los artículos 20, 36, 402 y 404 del Código Penal y la Ley 21 de 1973.

"La ley y la jurisprudencia tienen establecido que las explicaciones que el sindicado suminis-

tre a la justicia en la indagatoria constituyen un medio de defensa, cuando está probado el cuerpo del delito, la cual deberá ser tomada en toda su integridad jurídica. Y estas exigencias procesales están reunidas en el caso *sub judice*, pero el Tribunal (las desestimó)".

"En síntesis, no estando probado en el proceso el dolo en forma alguna, las explicaciones dadas por el procesado han debido aceptarse como medio defensivo a su favor. Al no tener en cuenta el honorable Tribunal este hecho, incurrió al proferir sentencia condenatoria en evidente error de hecho por falta de apreciación de esta prueba, violó en forma directa el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y en forma indirecta los artículos 402, 404 del Código Penal, por aplicación indebida" (folio 70 del cuaderno de la Corte).

Concluye la demanda solicitando que se case la sentencia censurada y se absuelva al procesado.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha opinado que no se case la sentencia, como remate de un extenso estudio de la demanda. Los planteamientos del Ministerio Público servirán a la Corporación de guía para el fallo que será adoptado, por cuya razón no se hace la síntesis de sus argumentaciones.

Se considera

Causal cuarta. La demanda sostiene que la sentencia del Tribunal violó las formas propias del proceso, porque el recurrente fue llamado a juicio y, posteriormente, condenado, sin que mediante peritos se hubieran avaluado los perjuicios provenientes de la infracción y sin que se hubiera producido prueba sobre el elemento psíquico del delito. Además, considera que no se le dio a la confesión del acusado el valor probatorio que le asigna el artículo 264 del Código de Procedimiento, de ser verídica. Por último, afirma que la condena descansa sobre el testimonio de un testigo, que en la audiencia se retractó. De lo cual deduce que los errores en que incurrió el fallo censurado dificultaron la defensa del procesado.

Como este ataque con base en la causal cuarta se apoya en los mismos argumentos en que se fundan los cargos primero, segundo y cuarto de la causal primera, se analizarán éstos en primer término y, caso de resultar atendibles, los efectos que tales violaciones tengan sobre el debido proceso.

Causal primera.

Primer cargo. La afirmación de que el auto de proceder y la sentencia condenatoria censurada se fundaron en el testimonio único de Arnaldo Egea Ramírez, la refuta la Procuraduría, al exponer:

"No es cierto que el fallo reclamado se fundamente únicamente en la inculpación hecha por el sindicado Egea Ramírez, pues si se revisan las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la responsabilidad de los procesados y en particular la de Lerma González resulta de la confesión del primero de los nombrados en la que relata con lujo de detalles las incidencias del plan delictuoso, la participación de cada uno de los integrantes de la banda y el reparto del producto del robo, hechos estos que cobran fuerza incriminatoria con el hallazgo en poder de los capturados de considerables sumas de dinero en efectivo, objeto y armas utilizados en la consumación del delito y decomiso del vehículo sobre cuya procedencia no pudieron dar explicaciones satisfactorias.

"A lo anterior se agrega lo expuesto por Angelina Fernández, María Policarpa Fernández y Jorge Luis Joya Fernández (folios 307, 310 y 320 del cuaderno número 1), en cuya residencia se llevó a cabo el reparto del botín entre Dualiby Libreros Gaitán ("Guelevis"), Carlos Eduardo Rengifo ("El Gogó"), Guillermo Caicedo ("El Panadero"), José Didier Rodríguez ("El Tísico"), Jaime Betancourt Mesa ("El Loco") y el sujeto conocido como "El Ciego", que es precisamente el sindicado Arnaldo Egea Ramírez.

"Además, la imputación lanzada por este último en contra de Lerma González aparece confirmada en la declaración de Arturo Egea Reales, padre de aquél (folio 190 del cuaderno número 1 y 10 del cuaderno número 3) en el sentido de que Lerma González era conocido de su hijo Arnaldo y en varias ocasiones se presentó a preguntar por aquél" (folios 371 y 372 del cuaderno de la Corte).

Segundo cargo. La aseveración de que la falta de avalúo en las infracciones contra la propiedad, de las cosas materia del delito, apareja la consecuencia de que el cuerpo del delito no queda probado, porque el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal determina que la pericia es prueba única para tal caso, es cargo que no está llamado a prosperar.

Si el dinero robado al Banco Comercial Antioqueño (Agencia Santa Mónica de Cali) hubiera

sido recuperado, bastaba su recuento por el juez para puntualizar la cuantía, ya que el dinero colombiano tiene asignado por la ley su valor, que equivale a su valor nominal.

De haber sido cosas distintas a dinero colombiano lo robado, su avalúo pericial habría sido indispensable siempre que hubieran sido recuperadas, pero cuando no lo son, "se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados", según lo expresa el artículo 346 del Código Procesal Penal.

La Procuraduría formula los siguientes conceptos en relación con el avalúo:

"Respecto de la primera censura cabe advertir que la determinación del valor de lo ilícitamente sustraído —tratándose de dinero en efectivo como ocurrió en el caso sub judice— *no requiere el dictamen de peritos contables, pues el* quantum *de lo apropiado puede acreditarse por otros medios de convicción.*

"No cabe duda que la suma sustraída por medios violentos a la Agencia Santa Mónica del Banco Comercial Antioqueño fue de $ 943.185.01, *como claramente resulta: del testimonio 'seguro y desprevenido' del director de la institución bancaria, Adolfo Giraldo Castaño; de la copia del acta de arqueo de caja acompañada a la denuncia y ratificada bajo juramento por el revisor que lo practicó, y, de la declaración del Cajero del Banco, Tulio Moreno Díaz, quien afirmó que el día de los hechos acababa de recibir la cantidad de ochocientos mil pesos con destino al pago de los empleados de la Compañía Carvajal (folios 1, 5, 284 y 278 del cuaderno número 1).*

"Es decir, la cuantía del ilícito aparece determinada por testimonio múltiple de insospechable credibilidad" (folios 369 y 370 del cuaderno de la Corte).

En consecuencia no prospera el cargo.

Tercer cargo. Radica este aspecto de la censura en la afirmación de que el recurrente fue condenado por tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad y no con base en pruebas sobre su participación en el robo al Banco Comercial Antioqueño (Agencia de Santa Mónica de Cali).

Este cargo tampoco está llamado a prosperar porque a Adolfo León Lerma González no se le sancionó con cuatro años de presidio, como se hizo con cuatro de los cooperadores no necesarios, sino que la pena se incrementó en dos años más, para imponerle seis años de pena privativa de la libertad, porque había sido sancionado anteriormente por ser autor de delitos contra la propiedad.

Cuarto cargo. El último cargo hecho dentro del contorno de la causal primera lo enuncia la demanda diciendo que en la sentencia del Tribunal fallador la indagatoria no fue apreciada como medio de defensa, ni reconocida la inocencia del acusado, no obstante haber negado éste su participación en la comisión del robo por el cual fue condenado en calidad de partícipe no necesario.

La demanda confunde la situación procesal de la confesión hecha por el procesado, al admitir que tomó parte en la comisión del hecho delictuoso, con la negativa hecha en la indagatoria de haber participado en cualquiera de las etapas del *iter criminis*, ya sea como autor o cómplice. La confesión es la que se presume verídica, siempre que se haya producido con el lleno de los requisitos enumerados por el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, pero no la indagatoria cuando afirma la no participación del acusado en la comisión del hecho.

Es cierto que el recurrente protestó ser inocente, pero también lo es que múltiples pruebas lo designan como uno de los cooperadores en la consumación del robo, de cuyo producto le correspondió parte en la distribución que los delincuentes hicieron en la casa suministrada por Arnaldo Egea Ramírez.

Por no prosperar este cargo, no se accederá a casar la sentencia.

El fallo

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:

No CASAR la sentencia acusada.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Jesús Estrada Monsalve (conjuez), *José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V.
Secretario.

PRESCRIPCION EN EL DELITO DE CONTRABANDO IMPROPIO

Este delito es de los llamados de tracto sucesivo o permanente, en cuyo caso la prescripción, por mandato expreso del artículo 9º del E. P. A., "... comenzará a correr desde aquella fecha en que se haya aprehendido la mercancía".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23992.

Aprobado: Acta número 36.

Bogotá, mayo 17 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de julio de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, mediante la cual revocó la dictada el 7 de enero del mismo año por el Juzgado Superior de Aduanas de Bucaramanga, para condenar a Gustavo Neira Parra a la pena principal de veinticuatro meses de presidio y a las accesorias de rigor, y para tomar otras determinaciones, por los delitos de contrabando y falsedad.

Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal en la siguiente forma:

"... Consisten en la retención que unidades del Resguardo Nacional de Aduanas hicieron el 29 de septiembre de 1971 del Jeep Nissan Patrol, de placas BD-7404, en poder de Gustavo Neira en la ciudad de Bucaramanga, quien exhibió los siguientes documentos: tarjeta de propiedad, acta de entrega serie A número 14492 del Martillo del Banco Popular a nombre de Joaquín Porras Puerto; solicitud de traslado de cuenta a la ciudad de San Gil; autorización de matrícula; y certificado para registro de nueva residencia, donde figuran los guarismos de identificación originales. Pero al ser examinado el vehículo, encontraron que la "numeración del chasís se encuentra completamente adulterada ... Así mismo en la plaqueta original ... inicialmente en el modelo ... era del año de 1969 y fue regrabado sobre este número 7 y queda como del modelo 1967 ... lo mismo que la correspondiente al número del motor ...".

Actuación procesal

Con base en el informe de una patrulla del Resguardo Nacional de Aduanas a su Comandante en Bucaramanga sobre retención del vehículo marca Nissan Patrol, de placas BD-7404, motor 53109, serie número 7L60V1967, modelo 1967, capacidad 5 puestos y de color verde matriculado en Bogotá a nombre de Gustavo Neira Parra, se dictó por el Juzgado de Instrucción Penal Aduanera de aquella ciudad el correspondiente auto cabeza de proceso el 30 de septiembre de 1971.

Concluida la investigación sumarial la Fiscalía del juzgado del conocimiento formuló acusación contra el acusado Gustavo Neira Parra por los delitos de contrabando y falsedad, la que fue acogida el 2 de julio de 1976 por el Juzgado Superior de Aduanas de Bucaramanga. Dicho pronunciamiento fue apelado por el defensor del enjuiciado.

El Tribunal Superior de Aduanas confirmó en su integridad el auto que acogió la acusación fiscal mediante providencia del 16 de agosto de 1976. Interpuesta reposición por el propio procesado de ese proveimiento el Tribunal la negó con auto del 13 de septiembre del mismo año.

Surtida la causa, el juzgado del conocimiento dictó sentencia absolutoria a favor de Gustavo Neira Parra el 7 de enero de 1977. Propuesto recurso de apelación para ante el Tribunal Su-

perior de Aduanas, dicha Corporación revocó aquel pronunciamiento, el 11 de julio del mismo año, para condenar al procesado con la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda

Después de relatar los hechos que dieron origen del proceso propone contra la sentencia de segunda instancia la causal cuarta de casación (numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), pues considera que ésta se dictó en un proceso viciado de nulidad, así: primero, por haberse proferido sin competencia porque el asunto estaba prescrito; y, segundo, porque se conculcó el derecho de defensa del inculpado en las actuaciones del Tribunal Superior de Aduanas. Esta última tacha aparece presentada como subsidiaria de la anterior.

1. *Cargo principal.*

Afirma el actor que se violó el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal porque hubo incompetencia de jurisdicción del sentenciador cuando profirió el fallo impugnado.

Para demostrar el cargo se remite al alegato que sobre ese punto presentó en las instancias su antecesor en la defensa de Neira Parra. Transcribe lo pertinente de aquel memorial, según el cual, si el hecho punible se consumó el 2 de junio de 1971, cuando se autorizó la solicitud de traspaso del vehículo a favor de Neira Parra, el delito de contrabando impropio que a éste se le imputaba ya estaba prescrito para el día 2 de junio de 1976, fecha en la que aún no se había dictado el auto de cargos contra el procesado, que luego fue recurrido ante el Superior. Igualmente alega la prescripción de la acción penal cualquiera que sea la fecha de partida que se tome, porque en este proceso el auto del Tribunal que confirmó el que acogió los cargos formulados por el Fiscal del Juzgado no quedó ejecutoriado en ningún momento en razón de que el acusado no tuvo defensor a quien pudiera notificársele y, de otro lado, porque también éste interpuso oportunamente recurso contra el que le denegó el de reposición, que no fue tramitado ni resuelto en forma alguna.

Concluye indicando como disposiciones violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional, y los artículos 105 y 106 del Código Penal y el 1º del Código de Procedimiento Penal. Pide, en consecuencia, que se decrete la nulidad desde donde se incurrió en ella, sin precisar el recurrente ese punto de partida.

2. *Cargo subsidiario.*

Asevera el censor que existió violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque a Neira Parra se le conculcó el derecho de defensa en el juicio.

Para evidenciar esta situación hace la historia del trámite que sufrió el proceso en el Tribunal al surtirse la apelación del auto que acogió los cargos del Ministerio Público, a fin de señalar que "... durante este lapso angustioso en que comenzó la tramitación del recurso de alzada contra la providencia del señor juez *a quo*, no tuvo medios de defensa el procesado Gustavo Neira Parra para impugnar el auto calificatorio que vino en definitiva, por tal motivo, a culminar en un fallo condenatorio. Es apenas con fecha 23 de agosto del año en curso, cuando se confiere poder al doctor Narváez Obregón, quien alegó prórroga del término por causa grave para efecto de que con sobrada razón, tuviera acceso al proceso en forma efectiva y así impugnar con altura la decisión del honorable Tribunal; pero fue cambiado por el procesado mediante poder que confiriera al doctor Gonzalo Bayona Muñoz, profesional éste que en la hora de la hora no aceptó tal cargo, lapso durante el cual, ciertamente, el procesado Neira Parra careció por completo de defensa en el proceso que culminó, repítese, en el fallo condenatorio que en casación se acusa en esta oportunidad ...".

Termina insistiendo en que se violó el artículo 26 de la Carta y cita como también infringidos el 1º y el 8º del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, pide que se decrete la nulidad invocada desde el momento en que apareció, pero se abstiene de concretarlo.

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de relatar los hechos y la actuación procesal, de resumir la demanda y sus cargos, da respuesta a éstos de la siguiente manera:

1. En lo relativo a la falta de competencia por hallarse prescrita la acción penal aduce que la fecha 2 de junio de 1971 —cuando se efectuó la matrícula del vehículo a nombre del procesado—, no puede tenerse como punto de partida de aquel fenómeno jurídico por dos razones: porque se desconoce el día en que se realizó el hecho punible, por lo que la prescripción sólo puede correr desde el momento de la aprehensión del automotor y porque siendo el contrabando un delito continuado, únicamente desde ese preciso instante en que cesó la situación irregular, por haberla inte-

rrumpido la autoridad, se puede empezar a contar la prescripción, esto es, desde el 29 de septiembre de 1971.

Es así como demuestra que la providencia que confirmó la del Juez Superior que acogió los cargos del fiscal contra el procesado se ejecutorió el 24 de septiembre de 1976, días antes de la fecha límite.

2. En lo tocante a la violación del derecho de defensa del acusado por haber permanecido, en un momento dado, sin defensor, observa que el procesado estuvo asistido en debida forma, pues el mismo defensor que interpuso el recurso de apelación lo representó, en la segunda instancia hasta cuando se confirmó por el Tribunal el auto de cargos, que aunque poco después designó nuevo defensor "... puede deducirse que el profesional designado tuvo oportunidad de conocer la providencia respectiva ...", al proponer prórroga de su término de ejecutoria, en lugar de interponer los recursos legales que fueran pertinentes.

Considera finalmente que la situación dicha no tiene entidad suficiente para ocasionar la invalidez del trámite "... ya que por otra parte, como lo anotaron acertadamente los funcionarios que intervinieron en la primera instancia el procesado fue diligentemente asistido por los profesionales a quien (sic) confió su defensa, como lo demuestran los autos ...".

Se considera

Se procede a estudiar los dos cargos que hace el demandante con fundamento en la causal 4ª de casación (numeral 4º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), de la siguiente manera:

1. *La incompetencia del juez.*

Con notable claridad precisa que por haber prescrito la acción penal el Tribunal Superior de Aduanas había perdido competencia para dictar sentencia en contra del procesado, situación que enmarca dentro de la causal de nulidad prevista por el numeral 1 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Al fundamentar este cargo sostiene dos puntos de vista: primero, que en ningún momento se ejecutorió el auto dictado por el juez del conocimiento mediante el cual se acogieron los cargos formulados por el Ministerio Público; y, segundo, que el hecho imputado se cumplió el 2 de junio de 1971 y que cuando se profirió por el Juzgado Superior de Aduanas de Bucaramanga el auto de cargos, o sea el 2 de julio de 1976, ya había transcurrido el término prescriptivo. Advierte que en ambos casos la competencia del fallador quedaba circunscrita únicamente a la declaratoria de prescripción de la acción penal.

Pues bien, de las constancias procesales se establece nítidamente que el cuestionado auto confirmatorio del acogimiento de los cargos fiscales quedó ejecutoriado el 24 de septiembre de 1976. Este solo dato podría ser eficaz para indicar a primera vista y sin mayor esfuerzo que la censura es procedente. Empero, la realidad es otra, como pasa a demostrarse.

Al procesado Neira Parra se le imputó de manera inequívoca en el pliego de cargos la comisión del delito que trata el artículo 18 del E. P. A., por el hecho de poseer, a sabiendas, mercancía de contrabando.

En efecto, el Tribunal Superior de Aduanas al condenar por el mencionado delito, precisó:

"... Está presente, entonces, el elemento a sabiendas *de la ilicitud de lo poseído, puesto que sabía, como admite el señor Fiscal, que la documentación era falsa y la usó para simular el origen ilícito del automotor. Emergen implacables los elementos de juicio recogidos en su contra, reducidos a la posesión de un objeto de contrabando, amparado con documentación falsa.*

Como puede observarse, la conducta penal imputada es la de poseer mercancía de contrabando, comportamiento que traduce un actuar que permanece en el tiempo, o lo que es lo mismo, indica una acción que tiene una duración indeterminada que se prolonga por obra exclusiva del agente. Así: quien a sabiendas posee mercancía de contrabando, conserva su condición de poseedor por modo indefinido hasta tanto lo desee, pues puede hacer cesar a voluntad, en cualquier momento, la situación de ilegalidad en que se encuentra. Esto significa que el reato referido es de los llamados de tracto sucesivo o permanentes, en cuyo caso la prescripción, por mandato expreso del artículo 9 del E. P. A., "... comenzará a correr desde aquella (fecha) en que se haya aprehendido la mercancía ...", es decir, desde el instante en que por acción de la autoridad se puso término a la conducta irregular allí descrita, mantenida y querida hasta entonces por el delincuente. Lo mismo ocurre cuando el infractor, por sí y ante sí, resuelve poner fin a su obrar ilícito.

Sabiendo, entonces, que la mercancía (vehículo) aquí comprometida fue aprehendida por agentes del Resguardo Nacional de Aduanas de Bucaramanga el 29 de septiembre de 1971, cuan-

do Gustavo Neira Parra se hallaba en posesión de ella, la prescripción de la acción penal debe empezar a contarse desde ese día, porque en esa fecha cesó la situación indebida que originó este proceso. Y, si tal es la conclusión a que se llega debe descartarse el argumento del censor relativo a que el término prescriptivo empezó a correr el 2 de junio de 1971, cuando se formalizaron las falsas cartas de traspaso a Neira Parra, para de corolario igualmente concluir que el 24 de septiembre de 1976, fecha en la que quedó ejecutoriado el auto mediante el cual el Tribunal Superior de Aduanas confirmó el de cargos, aún no habían transcurrido los cinco años necesarios al cabal cumplimiento del fenómeno jurídico de la prescripción.

Sin embargo, como el recurrente vislumbró que su pretensión podía quedar desmontada con el razonamiento anterior, propuso que el auto de cargos no alcanzó su ejecutoria legal como lo certifican las constancias procesales, pues aduce que el aludido auto cursó en el Tribunal sin ser notificado al defensor de Neira Parra, quien para entonces no tenía procurador alguno.

Esa precisa afirmación carece de fundamento. En efecto: el auto que confirmó el que acogió la acusación del Ministerio Público fue notificado personalmente al Fiscal del Tribunal y al procesado, y por estado a las demás partes, pero hallándose el expediente en ese proceso de notificaciones el acusado nombró nuevo apoderado, éste se posesionó y solicitó de inmediato la prórroga del término de ejecutoria de esa providencia, lo que pone de resalto que se enteró de ella. Negada por el Tribunal la prórroga impetrada, el sindicado revocó el poder a dicho profesional y designó uno nuevo cuando tal pronunciamiento se estaba notificando. Entre tanto, el procesado interpuso reposición del auto que confirmó el de cargos, recurso que le fue despachado en forma desfavorable cuando aún no se había posesionado el último defensor, quien finalmente eludió el mandato, no obstante lo cual este auto fue notificado al Ministerio Público y al procesado, y por estado a las demás partes. En consecuencia, en la segunda instancia los autos se notificaron en legal forma.

De otra parte, Neira Parra no careció de defensor, porque su intento de cambiar al que venía asistiéndolo quedó fallido frente a las evasivas del profesional designado para aceptar el poder cuando fue requerido a petición del anterior defensor, situación que dejó subsistente el mandato que éste venía ejerciendo.

El cargo no prospera.

2. *Violación del derecho de defensa.*

Alega subsidiariamente el actor que se lesionó el artículo 26 de la Constitución Nacional porque fue conculcado el derecho de defensa del procesado Neira Parra desde el momento mismo en que a uno de sus defensores se le negó la prórroga del término de ejecutoria de la providencia con la cual se confirmaba el auto que aceptó la acusación fiscal de primera instancia, y también porque cuando cambió de defensor se siguió el procedimiento sin esperar que éste aceptara y se posesionara del cargo. Todo lo cual en su concepto indica que el procesado no tuvo la asistencia de un defensor, pues el Tribunal le impidió al primero hacer la defensa efectiva de su cliente y, al segundo, prácticamente lo ignoró.

La realidad procesal demuestra que cuando se pidió la prórroga del término de ejecutoria, dicho término no había empezado a correr. Luego, la decisión negativa del Tribunal fue correcta, lo que demuestra que el defensor disponía de tiempo suficiente para interponer contra el auto respectivo los recursos de ley, si lo estimaba conveniente. Y, en cuanto a que el Tribunal siguió el trámite de la instancia ignorando que el procesado nombró nuevo defensor, no es exacto; basta observar que lo requirió por petición del anterior, quien, como se dijo, conservó la representación de Neira Parra, pues no fue finalmente desplazado en esa instancia.

No existió, por consiguiente, violación manifiesta del derecho de defensa.

Este cargo tampoco prospera.

Por 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 de once de julio del año pasado, proferida 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.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

REVISION

Causal 3ª. Falsedad del testimonio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 31.

Bogotá, D. E., mayo 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado del procesado Rafael Antonio Pardo o Garay con relación a la causa adelantada en su contra en el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayabal de Síquima, por el delito de robo y que culminó con sentencia ejecutoriada del Juzgado Penal del Circuito de Villeta, mediante la cual se le condenó a tres años de presidio y a las accesorias de ley.

Hechos y actuación procesal

Dan cuenta los autos que "siendo aproximadamente las siete y media de la noche del día cuatro de marzo de mil novecientos setenta y dos, tres fascinerosos que iban enmascarados, armados de una pistola y machetes, se presentaron a la casa de Valentín Casallas, situada en la vereda de La Trinidad, de esta jurisdicción y luego de lesionar gravemente a su dueño, quien se encontraba acompañado del trabajador Jorge Enrique Moya, entraron a la misma, se apoderaron de un revólver, un reloj de pulso, un radio y dos machetes ...".

Concluida la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayabal de Síquima llamó a responder en juicio criminal a Pedro Alberto Gómez, Rafael Antonio Pardo y Noel Pardo Garay por los delitos de robo y lesiones personales y sobreseyó definitivamente en favor de Rafael Garay Colorado, Pedro Pablo y Aristóbulo Vergara Colorado. Recurrido el auto calificatorio, el Juzgado Penal del Circuito de Villeta revocó los enjuiciamientos y en su lugar dispuso en favor de los procesados sobreseimientos de carácter temporal y confirmó los definitivos en favor de Colorado y los hermanos Vergara Colorado.

Clausurada la nueva etapa investigativa el juzgado del conocimiento dictó sobreseimientos temporales en favor de los sindicados, y el Juzgado Penal del Circuito de Villeta, al serle consultados, revocó la decisión del *a quo* y en su lugar profirió auto de llamamiento a juicio por los delitos de robo y lesiones en contra de Rafael Antonio y Noel Pardo y Pedro Alberto Gómez.

Celebrada audiencia pública el juzgado de instancia absolvió a los procesados. Y mediante sentencia de 9 de febrero de 1977 revocó la absolución de los hermanos Pardo o Garay y en su lugar los condenó a tres años de presidio como responsables del delito de robo y confirmó la absolución de Pedro Alberto Gómez.

El recurso extraordinario de revisión

Rafael Antonio Pardo actualmente detenido en la cárcel municipal de Guayabal de Síquima mediante apoderado especial, debidamente reconocido, solicita a la Corte la revisión del proceso que concluyó con sentencia ejecutoriada del Juzgado Penal del Circuito de Villeta y aduce para el efecto la causal tercera del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda

Con fundamento en la causal tercera de revisión el actor hizo un extenso análisis de la prueba

testimonial recaudada en el plenario, base de la sentencia impugnada. Tachó de falsos los testimonios y solicitó la práctica de pruebas. Demanda la libertad de su patrocinado y afirma que la sentencia condenatoria se dictó con fundamento en diversos factores negativos, entre ellos, la pugnacidad de los jueces de instancia, y de la falsedad en las pruebas y de la transposición por el juzgador de lo dicho por los testigos.

Alegaciones de las partes

Precluida la tramitación propia del recurso extraordinario, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Sala negar la revisión del proceso que se adelantó en el Circuito de Villeta contra Rafael Antonio Pardo y advierte que la falsedad de la prueba no ha sido demostrada por el recurrente.

Por su parte, el actor reitera sus planteamientos y refuta los del colaborador fiscal.

Consideraciones

Se tiene que la causal invocada por el recurrente en orden a obtener la revisión del proceso que por el delito de robo terminó con la condenación de Rafael Antonio Pardo o Garay, es la tercera. Se afirma que fue condenado no obstante la falsedad de las declaraciones que sirvieron al juzgador para fundar sus conclusiones:

1º Porque son contradictorias en sí mismas, con independencia de su cotejo con la verdad formal declarada en la sentencia y con la verdad real ofrecida a la consideración del juzgador.

2º Porque se contradicen unas con otras.

3º Porque lo afirmado en ellas y la realidad posible se excluyen por modo contradictorio.

4º Porque las pruebas aportadas durante el trámite del recurso corroboran la falsedad de los testimonios de cargo.

Se agrega que la víctima de los hechos delictuosos Valentín Casallas dijo: "El tipo que me hirió fue Antonio Garay, mejor dicho no lo puedo identificar, pues únicamente se me pareció en la fisonomía".

Lo anterior, mientras su compañero Jorge E. Moya asegura que "del mismo susto no pude ver cómo iban vestidos, estaba oscuro", afirmación que ratifica el declarante Rafael Alfonso Gómez (folio 162) "Estaba oscuro, oscurísimo, eso no se veía ni las manos". Y todos son contestes cuando declaran que los asaltantes estaban enmascarados.

Dos de los declarantes dijeron haber escuchado una voz parecida a la de Rafael Antonio Pardo.

Valentín Casallas: "... y claro se entró adentro a la cocina y me encañonó el revólver al pecho de una vez, eran tres y pasó el otro y me dio semejante machetazo aquí en la cabeza y en la paleta al lado izquierdo, no conocí a ningún otro y este señor lo conocí en la voz porque habló". Antes había dicho (folio 56) "... yo no lo pude identificar pues únicamente me pareció en la fisonomía". Y advierte el recurrente: "Se le olvidó que era de noche y estaba muy oscuro y los tres asaltantes estaban enmascarados".

Jorge Enrique Moya: "Eran unos tres, uno de ellos alto y delgadito la cara no se la pude identificar porque iba enmascarado y remangada la camisa, las manos eran morenas y la voz gruesa que parecía ser la de Antonio Garay, los otros dos eran bajitos estaban detrás del alto que estaba con la pistola" (folio 42).

Visto lo anterior no cabe duda que Valentín Casallas y Jorge Enrique Moya, en sus declaraciones, son contestes entre sí cuando afirman que conocieron a su atacante por la voz. Lo primero porque Jorge Enrique Moya, compañero de Valentín Casallas, asegura haber visto en la noche de los acontecimientos una persona alta y delgadita que estaba con la pistola, *"gruesa la voz que parecía ser la de Antonio Garay"* (subraya la Sala).

Lo segundo, porque Casallas dice que no pudo identificar a nadie, pero reconoció a Garay *en la voz porque habló.* Y en otro aparte: "el tipo que me hirió fue Antonio Garay, mejor dicho yo no lo pude identificar pues únicamente se me pareció en la fisonomía". Y Jorge Moya: "del mismo susto no pude ver cómo iban vestidos y estaba oscuro", "el alto, delgadito la cara no lo pude identificar porque iba enmascarado y remangada la camisa, las manos eran morenas ..." y a folio 59, refiriéndose a su heridor: "Sí señor es un hijo de don Aureliano Garay claro que yo no lo pude identificar sino que supongo que haya sido él o sea Antonio Garay el tipo que me hirió se parecía a Antonio Garay mejor dicho yo no pude identificarlo pues únicamente se me pareció en la fisonomía, *también me dijo una grocería muy pesada me dijo que yo era un hijueputa malparido y esa voz me pareció la de Antonio Garay.* Y agrega "estábamos en la cocina y estaba com-

pletamente oscuro era una noche oscura no estaba brillando la luna'' (subraya la Sala).

Es verdad que dos de los declarantes afirman que Jorge Enrique Moya ha tenido siempre un defecto auditivo, ''hay que hablarle fuerte para que oiga'', y precisan que hace más de quince años lo conocen e insinúan que funcionarios competentes verifiquen sus aseveraciones sometiendo a Moya a examen médico.

Practicado este examen por la fonoaudióloga Rosario García H., comisionada por el Instituto de Medicina Legal, encuentra que Jorge Enrique Moya acusa ''una hipoacusia perceptiva bilateral'' con un porcentaje de pérdida para el oído derecho del 63% y para el oído izquierdo del 70%.

Pero es evidente, como lo anota el Ministerio Público, que la hipoacusia que padece Moya es progresiva, y que solamente 5 años después de los acontecimientos investigados fue reconocido.

Ninguno de los jueces del conocimiento, pero tampoco las partes, hicieron constar en su oportunidad la sordera que lo aqueja, de lo que se colige que no debió ser notoria.

Concepto del Ministerio Público

Se opone a la prosperidad del recurso y fundamentalmente afirma que el de revisión es medio extraordinario de impugnación, que procede excepcionalmente contra la seguridad de la cosa juzgada por las causales precisas, taxativamente enumeradas por el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. La causal tercera no exige la prueba del pronunciamiento judicial que declara falso el testimonio que determinó la sentencia condenatoria. Pero sí la demostración clara de que la declaración contiene la intención no discutible de contrariar la verdad. Y reclama la atención de la Corte sobre el alcance estrictamente jurídico que tiene el vocablo falsedad en las prescripciones del artículo 584 del Código de Procedimiento, en su causal tercera.

Asegura que el recurrente ha limitado su actuación a contraponer su propio criterio al del juzgador, lo que no es de recibo —dice— en los recursos extraordinarios de impugnación, cuyo buen suceso depende de que su actuación se contenga dentro de los límites exactos de la causal invocada, y no de la demostración de los criterios opuestos que sobre los alcances probatorios de los hechos del proceso puedan exhibir el juzgador y el recurrente.

Finaliza con la crítica de la prueba acústica a que fue sometido Jorge Enrique Moya, con cinco años y medio de posterioridad a la ocurrencia de los hechos, lo que de suyo descarta la falsedad de su declaración. Lo propio dice del testimonio de Valentín Casallas, pues no se ha demostrado la dolosa intención de ninguno de los dos. Siendo cosa distinta la credibilidad que les otorgó el juzgador, así ella resulte inmerecida. En síntesis: que la cosa juzgada no se afecta sino con la demostración de la falsedad, en sentido jurídico, de dichos testimonios.

Es claro que la falsedad, en sí, de los testimonios que sirvieron al juzgador para fundar sus conclusiones, no depende de la credibilidad que les fue reconocida en la sentencia. Pero es la credibilidad, prestada por el juzgador a la prueba que determinó su decisión lo que no permite discutir la validez del fallo al favor de los recursos extraordinarios, mientras no se demuestre la falsedad del testimonio.

Dicha credibilidad mantiene el principio de la cosa juzgada, sólo hasta que el recurrente logre probar que la falsedad del testimonio, creído por el juzgador, determinó el fallo condenatorio. Es decir que la credibilidad otorgada por el sentenciador a la prueba falsa, por sí sola, no la muda jurídicamente veraz ni le otorga carácter inmodificable.

Pero sin la demostración de su falsedad, es impertinente discutir en el recurso de revisión la firmeza de la cosa juzgada.

Tratándose de la causal tercera del recurso extraordinario de revisión, se reitera, ninguna consideración distinta de la falsedad de la prueba que determinó la sentencia condenatoria puede inclinar a la Corte a conceder la prosperidad de la demanda. La falsedad debe aparecer manifiesta, ostensible, indubitable. Si lo que discute el recurrente no es la falsedad de la prueba, sino su credibilidad, la Corte carece de competencia para confrontar el juicio crítico del juzgador con el juicio crítico del recurrente. Por la razón muy clara de que nuestro sistema probatorio otorga al juzgador de instancia amplia capacidad para apreciar los hechos del proceso, sin más que observe en su tarea el método de la sana crítica. Conceder un mayor o menor grado de credibilidad a un hecho probatorio es menester de los juzgadores de instancia, exclusivo de sus competencias y facultades discrecionales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NIEGA la revisión

propuesta por el apoderado del procesado Rafael Antonio Pardo o Garay con relación a la causa que se le adelantó por el delito de robo en los juzgados Promiscuo Municipal de Guayabal de Síquima y Penal del Circuito de Villeta.

Dese cumplimiento al inciso final del artículo 587 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

CASACION

(Causal 4ª, numeral 4º, artículo 580)
Autos como grados de consulta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 40.

Bogotá, D. E., mayo 31 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

En sede de casación conoce la Corte de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que lleva fecha del 22 de julio de 1977, mediante la cual confirmó la del 1º de abril del mismo año proferida por el Juzgado Tercero Superior que condenó a Alvaro Helí Gacha Moreno, por el delito de *homicidio* en la persona de José Manuel Vargas Perilla, a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias de rigor y a pagar los perjuicios causados con la infracción.

Hechos

Fueron sintetizados por el Tribunal en la siguiente forma:

"... En la vereda de 'El Pino' jurisdicción del Municipio de Villagómez, en el establecimiento de propiedad del señor Jaime Lara, cuando se encontraban reunidos en la tarde del día 16 de julio del año de 1971, Eduardo Lara, Isidro Méndez, Joselín Pinto, Justo Pastor Pinto Cano, Jaime Lara y Numael Vargas Perilla; llegaron a dicho establecimiento Alvaro Helí y Héctor Fernando Gacha Moreno, e ingirieron algunas cervezas en compañía de aquéllos. Pasado algún rato, salieron a la carretera los hermanos Gacha Moreno, y encontraron a Vargas Perilla, por lo cual Héctor Fernando agredió a Numael Vargas, interviniendo por esto Justo Pastor Pinto, cuando éste trataba de calmar los ánimos, Alvaro Helí, sacó su revólver y lo disparó contra Numael, causándole lesiones que le produjeron la muerte ...".

Actuación procesal

Inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de Villagómez que dictó el auto cabeza de proceso el 10 de julio de 1971. Perfeccionada la investigación el Juzgado Tercero Superior de Bogotá la declaró cerrada el 19 de septiembre de 1972 y el 23 de octubre siguiente llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Alvaro Helí y Héctor Fernando Gacha Moreno como coautores del delito de homicidio en José Numael Vargas Perilla. Apelado que fue este pronunciamiento, el Tribunal Superior la confirmó en todas sus partes con providencia del 22 de febrero de 1973.

Surtida la audiencia pública el jurado absolvió a Héctor Fernando Gacha Moreno y condenó a Alvaro Helí Gacha Moreno con el siguiente veredicto "sí es responsable en forma involuntaria". El juzgado del conocimiento declaró contradictorio el fallo popular concerniente a Alvaro Helí Gacha Moreno. Esta decisión fue consultada con el Tribunal, entidad que la revocó para declarar contraevidente el veredicto y ordenar la convocatoria de nuevo jurado para el caso concreto de dicho procesado. Efectuada la audiencia respectiva, el nuevo jurado declaró responsable a Alvaro Helí Gacha Moreno por unanimidad.

El Juzgado Tercero Superior de Bogotá acogió este veredicto condenatorio en sentencia del 1º de abril de 1977 y el Tribunal Superior la confirmó con la que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda

El recurrente invoca únicamente la causal 4ª de casación (numeral 4, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) y al amparo de ella formula a la sentencia cuestionada dos cargos:

1. Violación del derecho de defensa porque se pretermitió la primera instancia en la declaración de contraevidencia del veredicto por el Tribunal. Es decir, que con este proceder se tomó por sorpresa al procesado, quien no pudo defenderse de esa determinación "... recuérdese que, conforme al tercer inciso del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, 'contra los autos interlocutorios que deciden la apelación, la consulta o el recurso de hecho no procede recurso alguno ...'. De consiguiente, la determinación sorpresiva del juzgador *ad quem*, sobre declaración de contraevidencia del veredicto aludido, no pudo ser controvertida ni antes, ni después de ser tomada ...".

2. Incompetencia del juez *ad quem* porque conoció de la consulta del auto que declaró contradictorio el veredicto cuando tal pronunciamiento carecía de ese grado de jurisdicción. Apunta el demandante que "... sin competencia, dio vía a la convocatoria de un segundo jurado, con fundamento en una contraevidencia del primer veredicto no declarada por el juez de primera instancia y ocupándose de revisar un auto que no había sido apelado y que no tenía el grado de consulta ...".

Termina el actor su demanda solicitando que se declare por la Corte la nulidad de lo actuado a fin de que se reponga el procedimiento "... que no puede ser otro que el de que el juez de primera instancia disponga lo concerniente, luego de declarar contradictorio el veredicto del primer jurado que intervino en este negocio ...".

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de resumir los cargos de la demanda entra a responderlos de manera conjunta. Al respecto anota:

Que el auto por medio del cual el Juzgado Tercero Superior de Bogotá declaró contradictorio el veredicto fue completamente conocido por el procesado y su defensor, no obstante lo cual no intentaron contra él recurso alguno; que aunque en dicha providencia no se dispuso la consulta, lo importante es tener en cuenta que el veredicto que había pronunciado el jurado impedía dictar sentencia en algún sentido, sea que para unos se estima contraevidente o para otros incompleto, lo jurídico es "... aplicar a idéntica situación la misma solución: la consulta ..."; que la falta de competencia aducida "... carece de razón, pues la naturaleza jurídica de la determinación adoptada imponía la intervención del juez de segundo grado para ratificarla o revocarla, como garantía del debido proceso y de los derechos de las partes ..."; y, por último, que el desconocimiento de la respuesta del jurado se imponía, situación que debió de advertir el defensor para pedir su aclaración, lo que tampoco hizo.

De esta suerte entendió el Ministerio Público que habían quedado rebatidos los cargos de violación del derecho de defensa y de incompetencia del juez, por lo que solicita que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

El recurrente ha planteado la causal 4ª de casación (numeral 4, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) por encontrar, en su concepto, que la sentencia se dictó sobre un juicio viciado de nulidad. Estimó que después de declarar el juzgado del conocimiento contradictorio el primer veredicto proferido para Alvaro Helí Gacha Moreno, sin haberse recurrido esa providencia, el Tribunal lo sorprendió al determinar su contraevidencia con pretermisión de la instancia y con manifiesta violación del derecho de defensa, porque este procesado no podía, por mandato expreso de la ley, impugnar esa decisión del ad quem. *Del mismo modo sostiene que no teniendo aquella resolución del* a quo *el grado de jurisdicción llamado de consulta, el Tribunal, al tomar conocimiento del asunto por tal camino, incurrió en incompetencia del juez. Situaciones que en su criterio originan, por sí solas, nulidad sustancial del proceso, que debe reconocer la Corte en sede de casación por la causal invocada.*

Para el señor Procurador, da lo mismo que un veredicto se tilde de contradictorio o que se declare contraevidente, porque en esos casos significa que no se puede dictar sentencia y porque ante esa realidad jurídica lo conducente es darle a ambos eventos la misma solución, o sea, otorgarles el grado de consulta que implica una mayor garantía para las partes. Con base en estos argumentos concluye que los cargos no están llamados a prosperar, pues, visto el problema de esta manera, no existió la violación del derecho de defensa ni la pretendida incompetencia del juez.

No comparte la Corte las razones del Ministerio Público, ya que de ser admitidas sería tanto como aceptar la aplicación de procedimientos no considerados y de competencias por vía analógica, planteamiento que riñe con principios fundamentales de derecho relativos a la formación de los actos procesales y al órgano llamado a producirlos. Tanto la consulta como la competencia, son instituciones jurídicas taxativas. Si con respecto a un determinado acto procesal no se ha dispuesto por la ley el grado de consulta, mal puede el juez atribuírselo y el superior conocer por ese modo, porque en uno y otro proceder, legislan.

Es este el alcance exacto de lo que ha sucedido en el proceso. No se cometió una nulidad como lo afirma el casacionista, se configuró un fenómeno jurídico más profundo que rebasó los límites propios de esa pretensión. Se surtió una actuación insólita, pues se le otorgó al auto que declaró contradictorio el veredicto un grado de jurisdicción no previsto para él, se le imprimió un trámite extraño a su especial naturaleza y se le desató por una segunda instancia sin facultad para revisarlo; en pocas palabras, se violaron los presupuestos sustanciales para la formación de todo acto procesal. Desaciertos que se articularon en el terreno de la inexistencia de los actos procesales, es decir, de aquellas actuaciones que no nacen a la vida jurídica en ningún momento y que, por lo mismo, se pueden y deben omitir sin pronunciamiento previo.

Siendo éste el verdadero entendimiento de las tachas formuladas por el impugnante, hay que convenir que la segunda audiencia para juzgar a Alvaro Helí Gacha Moreno devino, no por virtud de la decisión inane del Tribunal, sino como consecuencia natural del auto del Juzgado Tercero Superior de Bogotá que la convocó al calificar de contradictorio el veredicto inicialmente obtenido. Esto pone de resalto que toda la actuación cuestionada por el demandante cayó en el vacío y que, por ende, resulta inepta para invalidar el proceso porque no produjo ni podía producir efecto jurídico alguno.

Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, 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, NO CASA la sentencia condenatoria de veintidós de julio del año próximo 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.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

PREVARICATO

Se requiere la ostensible contrariedad a la ley. La violación no puede ser fruto de exceso de celo sino la intención manifiesta de actuar contra lo dispuesto por la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 40 de mayo 31 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 1º de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por auto que lleva fecha dos (2) de diciembre del año pasado, llamó a responder en juicio al doctor Germán Montejo Ortiz, por el delito de abuso de autoridad a virtud de hechos ocurridos en el desempeño del cargo de Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de esta ciudad en el mes de julio de 1976. En la misma providencia dispuso sobreseer definitivamente en favor del procesado, por lo que hace a las imputaciones de falsedad en documentos y prevaricato.

De esa decisión apeló el Fiscal Primero del Tribunal.

Hechos y actuación procesal

En el mes de enero de 1976 se celebró entre Eliseo Yepes y Dorian Alberto Guiot un negocio de compraventa de un vehículo marca "Buick" modelo 1966, que el primero le vendió al segundo por la suma de $ 155.000.00, de los cuales el comprador pagó $ 75.000.00 en un cheque y expidió otro por la misma suma pero con el compromiso, por parte de Yepes de que no haría efectivo dicho instrumento sino una vez que se hubiera traspasado, en forma legal, la propiedad del vehículo al comprador.

Empero Yepes presentó el cheque para cobro en dos ocasiones, una de las cuales, la primera, le fue rechazada por fondos insuficientes y en la segunda por orden de no pago.

Procedió entonces el beneficiario a denunciar al girador por infracción del Decreto 1135 de 1970. Le correspondió dicha denuncia al Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá, cuyo titular era el doctor Germán Montejo Ortiz. Enterado Guiot de que había sido denunciado, se dirigió por medio de escrito al juez para pedirle que lo oyera en indagatoria, a lo que sólo accedió dicho funcionario después de varias instancias por parte de aquél a quien, no obstante haberse presentado al despacho tan pronto lo citaron, el juez quería enviar a la cárcel de lo que desistió por súplicas tanto de Guiot como de su apoderado.

Como Guiot para evitar ser detenido y por consejos de su abogado hubiera depositado en un banco los $ 75.000.00 del cheque impagado, se presentó ante el juez con el recibo correspondiente, pese a lo cual éste dictó con fecha 7 de julio, auto de detención contra Guiot alegando que, no obstante el pago, la infracción penal se había cometido independientemente de la procedencia o no del cese de la acción penal. Empero accedió a conceder a Guiot el beneficio de libertad provisional previa caución por $ 500.00. Pero ordenó el embargo y secuestro del vehículo y designó secuestre.

Esta providencia fue apelada y el Tribunal, por la suya de septiembre 3 de 1976 la revocó en todas sus partes y declaró que la acción penal no podía proseguirse por haberse presentado la causal prevista en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1135 de 1970 y ordenó en consecuencia, cesar todo procedimiento contra el actual denunciante.

Con fecha 21 de julio y después de petición de desembargo hecha por el apoderado, quien además, se quejó ante la Procuraduría, el Juez Montejo Ortiz accedió a desembargar el vehículo pero obligó a Guiot a prestar caución por la suma de $ 15.000.00 para responder de los perjuicios que pudiera sufrir el demandante. Como tanto el agente del Ministerio Público como el apoderado interpusieron apelación, el juez concedió el recurso y ordenó la remisión de copias al superior para que se surtiera la alzada.

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá, en providencia de 28 de agosto de 1976 declaró extinguida la acción penal y ordenó restituir al procesado los $ 15.000.00 que se dejan mencionados y a su apoderado los $ 500.00 que también se cita.

Empero después de dictado el auto de fecha 21 de julio de 1976 el juzgado dirigió, con fecha 28 de ese mismo mes, dos oficios al Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Popular, el primero de los cuales (número 1282), decía que por auto de esa misma fecha se había ordenado la entrega de los dineros correspondientes al Título número 049490, y el segundo ratificaba dicha orden. Estos oficios fueron firmados por el juez y por su secretario.

Llevada a cabo una inspección judicial al proceso que se viene mencionando, se dejó constancia (folio 44) de que no aparece ningún auto que hubiera ordenado librar el oficio 1282 citado.

Abierta la presente investigación por denuncia que ante el Tribunal Superior de Bogotá presentara Dorian Alberto Guiot, se practicaron, a más de la diligencia que se acaba de mencionar, otras entre ellas la recepción de diversas declaraciones como la del abogado Laureano Augusto Sáez S. apoderado de Guiot en el tantas veces citado proceso, y quien da cuenta de que notó en el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal un ánimo hostil hacia su poderdante que se mostró no sólo en la decisión del juez de enviar a éste a la cárcel pese a su presentación voluntaria y oportuna, sino en la forma como lo obligó a pagar los $ 75.000.00 que debía a Yepes no obstante que éste no cumplió con su parte del contrato. Esta aseveración de hostilidad la confirma Marco Antonio Castañeda Rodríguez, amigo de Guiot y quien lo acompañó en varias de las diligencias relacionadas con el negocio del automóvil, así como también acudió al juzgado a rendir su declaración como único testigo presencial del mismo y quien dice que el juez lo hizo ir por tres ocasiones en una de las cuales vio a Yepes leyendo una hoja que al parecer pertenecía al proceso.

Indagado el doctor Germán Montejo Ortiz y preguntado, entre otras cosas, sobre la ausencia del auto por el cual ordenó la entrega de los $ 75.000.00 a Yepes, dijo haber ordenado a uno de sus subalternos que lo elaborara y que si tal cosa no se hizo no se debió a culpa ni a negligencia del indagado. Agrega que esos autos que ordenan la entrega de dineros son de mero trámite y que "sería inoficioso que para cada diligencia que se fuera a practicar, entrara el juzgado a proferir un auto de sustanciación, para que en esta forma se entrave (sic) y se dilaten los términos" (folio 112). Agrega que había exceso de trabajo en su juzgado, que en "los mismos oficios en que se autorizaba la entrega de dineros iba implícito el auto para que se hiciera efectiva la entrega" y que si bien en el presente caso se omitió el auto, tal omisión no genera nulidad de ninguna clase. Finalmente expresa que el auto en cuestión se hizo pero que debido al gran número de expedientes y de diligencias que se recepcionan diariamente se olvidó adjuntarlo al proceso (folios 112 vuelto y 113).

A folio 169 del expediente aparece la declaración de Alvaro Antonio Fuentes Arjona, quien dice que para la época de los hechos era sustanciador en el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá, que mientras se surtía la alzada en el proceso contra Guiot, el apoderado del denunciante pidió la entrega del dinero depositado por aquél como parte de la obligación con el segundo, que consultada por el declarante con el juez esa solicitud, éste accedió y que entonces el declarante elaboró la providencia correspondiente así como los dos oficios para el Banco Popular. "Hecho esto, agrega, y como el doctor Montejo se encontraba estudiando un proceso me acerqué hasta él y con las hojas aún sueltas del auto y los oficios le solicité su firma y sello para entregarlas al abogado ...". Agrega que si no aparece dicho auto fue porque se extravió de su escritorio o porque se agregó, equivocadamente, a otro proceso (folio 170).

Se allegó a los autos copia del acuerdo de nombramiento del doctor Montejo Ortiz (folio 163).

Así mismo se trajeron en copia los dos oficios (números 1282 y 1283) a que se ha hecho referencia (folio 78).

En la providencia materia de la alzada manifiesta, en síntesis, el Tribunal que no existe el delito de falsedad en documentos porque la omi-

sión del auto por medio del cual se ordenó la entrega de los dineros a Yepes si bien indica precipitud en el Juez Montejo no era dicha providencia "realmente indispensable para tomar la medida de entregar un dinero al denunciante ... el oficio era suficiente para que se cumpliera la entrega ...". De otro lado, agrega la providencia apelada, "la mención del auto inexistente, era unívoca y resultaba inocua para cualquier otro propósito".

Estudiando la posibilidad de un delito de prevaricato, el Tribunal concluye que tampoco se ha dado esa conducta punible en el presente caso.

En cambio afirma que sí se ha estructurado un abuso de autoridad por haber dictado el Juez Montejo Ortiz auto de detención contra Guiot pese a que éste había pagado la totalidad del cheque y tenía derecho a que se ordenara cesar la acción penal en su contra. Además, le impuso dos cauciones, una por $ 500.00 y otra por $ 15.000.00, las cuales ordenó devolver el Juzgado del Circuito. De otro lado, dispuso entregar a Yepes los $ 75.000.00 depositados por Guiot no obstante que se había ordenado el envío al Juzgado del Circuito del proceso, es decir, cuando ya no tenía competencia para actuar en éste. Insiste en que carecía de facultad para ordenar el depósito de los $ 15.000.00 que se dijo eran para responder por perjuicios causados al denunciante.

Todo esto, concluye el *a quo*, causó daño a Guiot, quien ya había dado $ 4.000.00 a Yepes y además tenía derecho a que éste le entregara $ 12.000.00.

"En suma, expresa el *a quo*, al doctor Montejo se atribuye una serie de actuaciones, realizadas en su carácter de Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal, que no se avienen con el comportamiento imparcial y sereno de un juez de la República".

De todo lo cual concluye que el sindicado cometió el delito de "abuso de autoridad", cuyos elementos se encuentran, a juicio del Tribunal, establecidos en los autos.

De ahí por qué lo llama a responder en juicio por este ilícito al tiempo que sobresee definitivamente en su favor por los de falsedad en documentos y prevaricato.

En la presente instancia el Procurador Segundo Delegado Penal solicita que se confirme la decisión del Tribunal de llamar a juicio al doctor Montejo Ortiz, pero modificándola en el sentido de que, en vez del abuso de autoridad (la vista fiscal dice "abuso de confianza"), se le enjuicie por prevaricato y se extienda el enjuiciamiento al delito de falsedad en documentos públicos.

Las argumentaciones del Ministerio Público pueden resumirse de la siguiente manera:

El Juez Montejo no desplegó ninguna actividad tendiente a establecer las circunstancias de la negociación entre Yepes y Guiot, ni, concretamente, las que rodearon el giro del cheque.

De otro lado cuando dictó el auto de detención contra el segundo ya obraba en el proceso el título del depósito del dinero representado en el cheque, hecho frente al cual no quedaba otro camino al juez sino el de enviar el proceso al superior para que decidiera si era del caso dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Esta actuación del juez aparece contradictoria con la que adoptó luego de revocar el auto de detención y decretar la libertad por ser pertinente el cese de la acción penal a causa del pago.

Encuentra, además, la Procuraduría injustificada la imposición de una caución de $ 15.000.00 para reemplazar el embargo del vehículo, actuación no excusada por el ofrecimiento de Guiot de prestar una caución "pues siendo el juez autónomo en sus decisiones debía ser especialmente cuidadoso al adoptar toda decisión, ya que es su responsabilidad y no la del peticionario la que se compromete".

Refiriéndose a la ausencia del auto que ordenó la entrega del dinero a Yepes dice "que esta actuación impidió a Guiot interponer recursos contra dicha decisión y que tal providencia no es asunto de puro trámite, como dice el Tribunal".

Desecha, por último, las explicaciones del empleado sustanciador del juzgado como exculpativas de la conducta del juez, pues a éste compete la responsabilidad de dictar las providencias y no a sus auxiliares, y concluye expresando que el procesado incurrió, por ello, en el delito de falsedad en documento público.

El apoderado del doctor Montejo Ortiz presenta en esta instancia un extenso alegato para sostener la inocencia de su representado y pedir que se revoque el llamamiento a juicio hecho en su contra por el Tribunal, se desechen los razonamientos de la Procuraduría y se sobresea definitivamente en favor del juez acusado.

En la siguiente forma se pueden resumir sus argumentos:

a) Existen en el proceso deficiencias de carácter procedimental, pues no se han recibido algunas pruebas entre ellas la declaración del Secretario del Juzgado, Carlos A. Quintana Ospina, ni la del doctor Ardila representante de la parte civil, ni hay copia del juicio en el que se pretendió hacer el pago por consignación, todo lo cual considera de importancia para la calificación del mérito del sumario;

b) No hay, en su concepto, elementos para demostrar que existiera interés por parte del juez en favorecer al denunciante (se refiere a Yepes) y de perjudicar al sindicado (esto es a Guiot). Niega, a este efecto, que el Juez Montejo hubiera amenazado a este último con mandarlo a la cárcel y dice que una vez recibida al denunciado la indagatoria bien podía, en estricto derecho, enviarlo a la cárcel, lo que no hizo.

Con base en la declaración del propio abogado de Guiot rechaza la aseveración de éste de que el juez le hubiera dicho que si no se presentaba con el título, lo metería a la cárcel, ya que el representante de aquél dice no recordar haberlo oído al juez.

Asevera, a continuación, que si el juez hubiera tenido el propósito de favorecer a Yepes no se había demorado veinte días para recibirle indagatoria a Guiot.

Rechaza, así mismo, las aseveraciones de Marco Antonio Castañeda sobre presuntas actitudes hostiles del juez hacia este declarante, quien tacha al juez de "déspota", sólo porque le ordenó volviera al otro día de su primera presentación al juzgado;

c) Respecto al cargo de falsedad documental que formula la Procuraduría dice no estar demostrado que el auto ordenando la entrega del dinero no se hubiera dictado y que en caso de haberse incurrido en esa omisión, tal conducta no es imputable al juez. Además, dice, si el auto no se hubiera dictado, tal conducta sería inocua.

Agrega que no es posible afirmar que el comportamiento del juez estuviera inspirado por el propósito de falsear la verdad y que bien pudo obrar en forma negligente o precipitada, lo cual no lo hace responsable del delito en mención, pues no es punible, en nuestro Código Penal, la falsedad culposa.

Insiste en que la conducta del juez, en este particular, no causó perjuicio, es decir, que fue inocua, puesto que al ordenarse en el auto cabeza de proceso la práctica de todas las diligencias, pruebas y actuaciones pertinentes para el correcto desenvolvimiento del sumario, significa que no es necesario que cada vez que deba practicarse una prueba o agilizar el proceso se deba pronunciar un auto, ya que con eso se haría interminable y perdería su razón de ser la providencia que ordena la apertura del mismo.

Expresa, además, que si la consignación de los $ 75.000.00 se hizo para pagar el cheque, no era necesario ningún auto para disponer la entrega de esa suma al denunciante, sino que le bastaba un simple oficio;

d) Por lo que hace a la inculpación de prevaricato asevera que no tiene fundamento porque el doctor Montejo no estaba obligado a enviar el proceso al Juez del Circuito para la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues la negativa del Banco a pagar el cheque no sólo se basó en la insuficiencia de fondos sino también en la orden de no pagar ese instrumento y hasta tanto se demostrara que esta orden era justificada no podía aplicarse la norma en cita. Ahora bien, expresa, esta justificación no se había establecido, pese a los esfuerzos investigativos del juez cuando dictó el auto de detención por lo que no puede decirse que su providencia fuera injustificada. Además de que no se había verificado, en concepto del memorialista, el pago total del cheque como lo exige el Decreto 1135 de 1970, pues dicho pago comprende, a su juicio, no sólo el valor del instrumento sino un 20% más por no haber sido pagado en tiempo y según lo dispone el artículo 731 del Código de Comercio. O sea que el total del pago debió ser por $ 90.000.00 y no por $ 75.000.00. Por lo cual, también, aparece proporcionada la caución de $ 15.000.00 impuesta por el juez para garantizar los perjuicios que pudiera sufrir el denunciante. Observa, además, que no estaba demostrado que Guiot no fuera reincidente en esta clase de ilícitos, lo que también impedía la aplicación del citado artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Concluye que no es posible hablar de prevaricato "porque el señor juez obró sin intención alguna de quebrantar la ley penal y porque las determinaciones por él tomadas no son, como se ha querido expresar, contrarias a la ley".

e) Finalmente, rechaza también el cargo de abuso de autoridad que le hace el Tribunal al Juez Montejo Ortiz. Para ello hace hincapié en la aseveración del Tribunal en el sentido de que no está totalmente estructurado el elemento "a sabiendas" y expresa que siendo esto así no se puede llamar a responder en juicio al sindicado

por ese ilícito porque no está demostrado el cuerpo del delito, pues dicho elemento hace parte del de abuso de autoridad.

Considera que no fue injusta la actuación de su representado, pues el auto de detención contra Guiot fue dictado dentro del término legal y no obró por animadversión contra Guiot ni tenía base para enviar el proceso al Juez de Circuito.

Consideraciones de la Corte

Estima la Sala, en primer término, que debe descartarse el cargo de prevaricato por el cual pide llamamiento a juicio la Procuraduría Delegada Penal previa revocatoria de la correspondiente decisión.

Se tiene, en efecto, que el juez acusado dispuso la detención preventiva de Guiot con el pretexto de que, si bien éste se había presentado a indagatoria con la constancia de haber depositado los $ 75. 000.00, valor del cheque protestado y de que esa situación le daba derecho a que cesara la acción penal iniciada en su contra, el delito, de todos modos, había existido.

Tal argumentación peca por especiosa, pues contrariaba el espíritu mismo de la medida cautelar mencionada que no es otro sino el de asegurar la comparecencia del sindicado a la secuela del proceso. Lo que en este caso no podía tener lugar, ya que la acción penal no era posible proseguirla y no había, en consecuencia, secuela procesal que exigiera tener el sindicado a disposición de los jueces.

A tal punto era esto cierto que no sólo el Juzgado del Circuito Penal sino el mismo Tribunal Superior declararon que no había lugar al seguimiento de dicha acción y dieron aplicación inmediata a lo dispuesto por el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, el Juez Montejo Ortiz ordenó al actual denunciante depositar una caución de $ 15.000.00 para responder por los perjuicios que pudiera causar la infracción. Aún en el caso de que considerara aplicable al proceso penal lo dispuesto por el aparte 3º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, bastaba para vedar el ejercicio de esa facultad la conciencia cierta de que el proceso penal no podía seguir adelante y que, por lo tanto, no había lugar a la llamada "caución de saneamiento".

Estos actos de extralimitación de funciones por parte del juez causaron perjuicio a Guiot, quien se vio sometido a una inminente limitación de su libertad y a una disminución, así fuera temporal, de su patrimonio.

Ejecutados por un funcionario público con abuso de sus facultades, ellos constituyen el delito de abuso de autoridad que define y sanciona el artículo 171 del Código Penal.

Con todo, no comparte la Sala el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal quien, como se deja dicho, considera que los actos del juez que se acaban de mencionar constituyen delito de prevaricato.

Falta en ellos esa ostensible contrariedad a la ley que la doctrina ha venido exigiendo como elemento de este ilícito en el sentido de que debe haber tan clara oposición entre la actuación del funcionario y la norma legal que no pueda menos de pensarse que aquél obró con el propósito directo de violar ésta. Es decir, que esa violación no fue fruto de exceso de celo sino de la intención manifiesta de actuar contra lo dispuesto en la ley.

En el presente caso ese ánimo no aparece y sí el dolo genérico que conlleva el abuso de autoridad, o sea la conciencia de estar obrando contra derecho, no en el sentido de violar determinada norma legal, que eso ya convertiría la conducta en prevaricato, sino vulnerando el plano general del derecho en cuanto este ordenamiento total veda a los funcionarios extralimitar sus atribuciones. No requiere el dolo propio de este delito que la conducta esté necesariamente dirigida a causar un daño ya que el perjuicio de que trata la norma atrás citada, más que una finalidad directa del comportamiento, viene a ser una consecuencia del mismo, sin la cual no puede integrarse la figura delictiva.

En consecuencia, debe descartarse la existencia del delito de prevaricato y afirmarse la del abuso de autoridad en la forma descrita por la disposición premencionada.

Por lo que hace al cargo de falsedad en documentos, descartado por el *a quo* y por el cual, en cambio, solicita llamamiento a juicio la Procuraduría, se tiene que rechazar la afirmación del Tribunal de que la mención de un auto inexistente hecha en los oficios por medio de los cuales se ordenó entregar el depósito de $ 75.000.00 constituye una falsedad inocua por cuanto, como también sostiene el defensor, el auto no era indispensable y bastaba, para producir dicha entrega, el oficio que la ordenaba.

Toda actuación dentro del proceso debe ser previamente ordenada por un auto. Esta norma

elemental de procedimiento está contenida en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal en donde la palabra "diligencia" tiene un sentido genérico.

Esta afirmación es especialmente cierta cuando se trata de actos procesales del juez dirigidos a gobernar el proceso, llamados actos de dirección, y a las resoluciones, esto es, aquellos que deciden algo dentro del proceso y que entre nosotros han dado lugar a la clasificación de autos de sustanciación y autos interlocutorios.

En esos dos casos el juez no puede dirigir el proceso ni tomar decisiones dentro de él sino por medio de autos que dispongan en cada caso lo que debe hacerse bien sea por el propio juez o bien por las demás partes que intervienen en el proceso.

No es, pues, cuestión superflua y sin importancia que se lleve a cabo un acto procesal de dirección o de ejecución sin haber sido previamente ordenado por un auto. Eso significaría faltar a uno de los principios fundamentales del proceso a saber, el de que los procedimientos se llevan a efecto por medio de actos procesales.

En consecuencia de lo anterior, debe decirse que no es inocua la ejecución de una resolución judicial sin un acto procesal que le sirve de causa y que haya sido materializado en un auto o en una sentencia.

Los actos procesales, ya sean de dirección o iniciativa procesales, ora de ordenación o asunción de pruebas, bien de admisión o sustanciación de medios impugnativos, etc., son actos funcionales y los escritos en que se materializan tiene la calidad de documentos públicos.

Faltar a la verdad en uno de esos documentos es falsedad documental cuando se causa un perjuicio a una función pública o a un derecho privado.

En el presente proceso se ordenó la entrega de un dinero perteneciente al denunciante por medio de un simple oficio cuando debió hacerse por un acto procesal específico, a saber, un auto de carácter interlocutorio de obligatoria notificación y sujeto a los recursos legales.

No es cierto que se tratara, como lo dice el Tribunal, de una providencia no impugnable. Lejos de ser un acto de simple impulso procesal el auto que ordena la entrega de depósitos está resolviendo algo que no es propio de todo proceso sino que tiene carácter accidental respecto a las formas propias del respectivo juicio, puesto que no es indispensable que existan depósitos ni por lo tanto, es de rigor que se produzcan actos procesales de devolución de los mismos.

Si dicha orden se hace por un simple oficio, no sólo se está causando una disminución patrimonial a una persona sin que preceda el acto procesal que la disponga, sino que también se le están negando derechos o facultades procesales para impugnar la decisión.

Librar un oficio para que se entreguen tales depósitos mencionando un auto que no existe, no es un acto inocuo, se repite, sino altamente vulnerante de los derechos de la parte afectada y de la función jurisdiccional.

Se configura, en tal caso, falsedad documental en documento público de la especie contemplada por el numeral 4º del artículo 231 del Código Penal o sea por faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Empero en el caso presente si bien, de haberse establecido en forma plena la situación que contempla la norma en cita habría falsedad documental, ocurre que la situación probatoria no permite llegar a una conclusión definitiva sobre el particular, ya que si bien las inspecciones judiciales pusieron de presente la ausencia del auto que dispusiera la entrega, la existencia del auto mismo no se puede afirmar ni negar, pues no sólo el juez asevera que se dictó el auto, sino que uno de los empleados del juzgado afirma categóricamente que se dictó y si bien su credibilidad ha sido puesta en tela de juicio por la Procuraduría, es evidente que faltan pruebas para tomar una decisión definitiva al respecto, pues no se ha oído al secretario ni al resto del personal del juzgado para ver qué dice sobre el particular, especialmente al funcionario que se menciona en primer término, pues él (el Secretario) hubiera debido firmar el auto en caso de que se pronunciara.

Así, pues, debe confirmarse la providencia apelada en cuanto hacer relación al llamamiento a juicio por el delito de abuso de autoridad. Respecto al cargo de prevaricato es necesario, por las razones expuestas, confirmar el sobreseimiento definitivo.

Y por lo que hace a la falsedad documental el sobreseimiento definitivo que contempla la parte resolutiva de la providencia examinada, debe revocarse para, en su lugar, sobreseer temporalmente y ordenar que se reabra, sobre este particular, la investigación, a fin de que se alleguen a las pruebas que se dejan mencionadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve:

Primero. CONFIRMAR el llamamiento a juicio por el delito de abuso de autoridad.

Segundo. CONFIRMAR el sobreseimiento definitivo por prevaricato.

Tercero. REVOCAR el sobreseimiento definitivo por falsedad en documentos y en su lugar sobreseer temporalmente.

Cuarto. DISPONER que por lo que respecta al cargo de falsedad en documentos se reabra la investigación para que se practiquen las pruebas que se mencionan en la parte motiva de esta providencia y las demás que fueren conducentes al pleno esclarecimiento de los hechos.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alfonso Reyes Echandía (conjuez), *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V.
Secretario.

CONCURSO DE DELITOS

Entre delitos contra la Economía Nacional y la Estafa

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 40 de mayo 31 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 6 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veintitrés de mayo del año próximo pasado, mediante la cual se confirmó integralmente el fallo pronunciado por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad, impuso a Carlos Alberto Sánchez Rojas, por el delito de "estafa", en modalidad de continuado, cuarenta y dos (42) meses de prisión, multa en cuantía de dos mil pesos ($ 2.000.00) y a las accesorias pertinentes.

Oportunamente se recurrió en casación, admitida en auto de siete de julio de mil novecientos setenta y siete. La correspondiente demanda, la cual se estudiará de fondo en esta decisión, se declaró ajustada a los requisitos formales del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de trece de octubre del año en mención.

De los hechos

Se toma la versión que ha predominado en el juzgamiento:

"Los señores Francisco Andrade Camacho y Octavio Ospina García, denunciaron penalmente al señor Alberto Sánchez Rojas, el 7 de junio de 1971, por hechos que se pueden resumir así:

"a) Que el señor Ramón Díaz se presentó a la oficina de los denunciantes a ofrecerles los servicios de la firma Corporación Interamericana de Inversiones Limitada y que a base de halagadoras propuestas de grandes rendimientos para los dineros que invirtieran, se entrevistaron con Sánchez, Gerente de la entidad. Este les dijo que su inversión podría en principio obtener un préstamo del 100% de la misma y, posteriormente, hasta el 200%. Así mismo, que obtendrían servicios como cartas de crédito, pago directo en el exterior de mercancías importadas por ellos, mercados internacionales para sus productos, liquidez inmediata de la inversión, etc.;

"b) Que frente a tan excelentes propuestas y luego de varias entrevistas con otras personas de la firma, decidieron invertir doscientos mil pesos, los que giraron en un cheque contra el Banco Nacional de París en Bogotá.

"Que, posteriormente, viajaron a Costa Rica, donde se entrevistaron con un señor William Pino y otro de nacionalidad alemana, quienes le dijeron que podían representarlos en ese país para la importación de productos nacionales y que ellos manejaban el dinero de inversionistas costarricenses y que en Colombia operaba una firma similar;

"c) Que al regresar al país, luego de haber sido informados por Sánchez sobre el extravío del título de la inversión, éste apareció y le fue entregado en sus oficinas por un señor Alvaro Ortiz. El documento era expedido por *'Paif Limited, Pan American International Finance Group,* por *Eigh Hundred Ninety Five Units and one Hundred Eighteen/100,* compañía ésta con sede en *Nassau, Bahamas'.*

"Que se les hizo extraño que el título viniera de una firma extranjera, cuando ellos habían invertido en la corporación gerenciada por Sánchez, y, además, de que no hubiera sido enviado

por correo, sino de manera personal. Pero que aceptaron este hecho porque les habían dicho que la firma tenía varias filiales internacionales;

"d) Que ante las dudas que fueron apareciendo por procederes equívocos, se dirigieron de inmediato a la Paif Limitada, en Nassau, para reclamar su dinero, pero su correspondencia fue devuelta meses después por no conseguir al destinatario en la dirección que aparecía en los diferentes documentos expedidos.

"Por tan insólito hecho, se dirigieron a Sánchez exigiéndole la entrega inmediata del dinero, pero éste les respondió con 'diferentes argumentos, evasivas y explicaciones que no venían al caso, todas tendientes a enredarnos, terminaba ofreciéndonos el crédito prometido y que en consecuencia hiciéramos la solicitud correspondiente, pero lo fundamental que era la devolución de nuestro dinero, no se hacía'. Que luego les informó que ello no era posible 'por congelación de fondos internacionales';

"e) Que por informaciones del señor John Peñalosa, ejecutivo de la corporación gerenciada por Sánchez, se enteraron de que éste mientras estuvo allí trabajando, jamás tuvo contacto o conocimiento de la existencia de la firma *Paif Limited* ni otra parecida en el exterior y que todo no era más que una estafa de que habían sido víctimas ellos y otras muchas personas inversionistas en la corporación.

"Que por tales razones, se dirigieron a la justicia penal a denunciar los hechos, ante la inminencia de la salida del país por parte de Sánchez.

"Los denunciantes anexaron los documentos visibles de folios 15 a 68 del cuaderno número 1 ...".

De la actuación procesal

Así la resume el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"... El Juzgado Doce de Instrucción Criminal, con base en la denuncia presentada por Francisco Andrade Camacho y Octavio Ospina García dictó el auto cabeza de proceso, e inició la investigación del presunto delito denunciado.

"Oyó en declaración juramentada a varias personas entregando, posteriormente, lo actuado al Juez Diecinueve, comisionado para continuar la instructiva. Este nuevo funcionario recoge otros elementos probatorios de la misma naturaleza, y realiza algunas diligencias de allanamiento y registro en diferentes inmuebles, según se había ordenado en providencia anterior.

"Ante la desaparición del señor Carlos Alberto Sánchez Rojas, por cuanto se necesitaba oírsele en indagatoria, se emplazó en debida forma.

"Al vencimiento del término de la comisión dada para la investigación, el juez instructor remite las diligencias a los señores Jueces Penales del Circuito de Bogotá, en razón a la competencia, tocándole al Veintitrés el conocimiento, quien decreta la práctica de numerosa prueba, para lo cual se comisionó al Juez Diecinueve de Instrucción Criminal. El nuevo instructor, declara reo ausente al sindicado Carlos Alberto Sánchez nombrándole apoderado de oficio para que lo represente en el proceso, dictando posteriormente auto de detención contra aquél.

"Por vencimiento de la comisión y por exigencia que hace el juez del conocimiento, el instructor le remite el sumario.

"Nuevamente el Juez del Circuito decreta otra ampliación, pues el total del cuerpo probatorio no estaba debidamente formado, y se comisiona al Juez Diecinueve de Instrucción Criminal para que cumpla lo dispuesto por el del conocimiento.

"Capturado el sindicado Sánchez Rojas se le oye en indagatoria y se le notifica el auto de detención ya decretado.

"Después de resolverse varios incidentes, se decreta la clausura de la investigación, calificándose el mérito del sumario, en cuaderno especial, con providencia interlocutoria que hace los siguientes ordenamientos:

"Resuelve:

'*Primero. a) Llamar a responder en juicio criminal,* de tramitación ordinaria, a Carlos Alberto Sánchez Rojas, de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, como autor responsable del delito de *estafa* del cual tratan las presentes diligencias, según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que se ha hecho mención y cometido contra los intereses patrimoniales de los ciudadanos Francisco Andrade Camacho, Octavio Ospina García, Alfonso Luis Verona Baca, Clemente Gómez, Luis Martín Novoa, Josefina Bernal viuda de Barriga, Hernán Molano Camargo y Beatriz Ochoa Combariza;

'b) De este delito trata el Libro II, Título XVI, Capítulo IV del Código Penal, bajo la denominación genérica de *La Estafa;*

'c) Al notificársele la presente providencia, hágasele las prevenciones de que trata el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal.

'*Segundo.* Teniendo en consideración lo normado por el artículo 36 del Código Penal, en concordancia con el artículo 80 ibídem y con el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, no es viable en el presente caso la libertad provisional para Carlos Alberto Sánchez Rojas.

'*Tercero. Sobreseer definitivamente* a los sindicados María Teresa Arbeláez Jiménez y Manuel Gustavo Sánchez Chaves, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, en razón a los hechos que por el delito de *estafa* se contrae la presente investigación, y por la cual fueron llamados a rendir declaración indagatoria.

'*Cuarto. Ordénase* compulsar, con destino a los señores Jueces Superiores, las copias pertinentes para efectos de investigar el presunto delito de *falsedad* de que da cuenta esta providencia.

'*Cópiese, notifíquese, cúmplase,* y consúltese el sobreseimiento definitivo con el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial' (folios 61 y 62).

"El vocatorio a juicio fue protestado por la defensora de Sánchez Rojas, razón por la cual se remitió al honorable Tribunal Superior, donde se le imparte confirmación con algunas modificaciones.

"En firme el enjuiciatorio, la causa se ritúa con el lleno de sus formalidades, dándosele término con los fallos de primera y segunda instancia ya referidos ...".

De la demanda, su réplica por el Ministerio Público y consideraciones de la Sala

Invoca el recurrente la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

A su amparo expone dos cargos.

1. La nulidad corresponde a lo preceptuado en los artículos 115 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

La Superintendencia de Control de Cambios, por supuestas violaciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior —Decreto 444 de 1967—, le inició proceso a Sánchez Rojas, que culminó con la Resolución número 075 de 15 de noviembre de 1971, mediante la cual se le impuso una multa por suma próxima a los trece millones de pesos ($ 13.000.000.00). Esta sanción pecuniaria, impagada, debe convertirse en arresto.

Los capitales exportados ilegalmente por Sánchez Rojas "fueron adquiridos por él y como resultado del funcionamiento de la Corporación Interamericana de Inversiones Limitada. ... Estando legalmente acreditado en el proceso por medio de prueba documental (Escritura número 2973 de 27 de julio de 1966, Notaría Séptima de Bogotá, debidamente registrada), que el objeto de la Sociedad Cooperativa Interamericana de Inversiones Limitada, era la de ejercer actos propios de comercio, entre los cuales estaba el de captar recursos financieros por medio de títulos, el destino que se le dio a esos recursos fue el de sacarlos del país, lógicamente que sí existe una relación de causalidad entre los recursos captados por medio de los títulos que nos da cuenta el proceso y la exportación de esos mismos recursos, luego al dividir esa misma actividad desplegada por el Gerente de la Corporación para atribuir la exportación de capitales al Control de Cambios con el fin de imponer en forma separada una pena pecuniaria que se tradujo en pena privativa de la libertad, y otra a la justicia penal ordinaria para efectos de la modalidad empleada en la captación de los recursos exportados, se quebrantó el principio *nom bis in idem* ... con esa interpretación tan drástica quebrantaba el artículo 3º del Código Penal que es una norma de derecho sustancial, y el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal ... las normas anteriormente citadas, desarrollan el artículo 26 de la Constitución Política que manda aplicar en los procesos penales la norma más favorable a los intereses jurídicos del procesado, en lugar de 'la odiosa y restrictiva' ... El error evidente en que incurrió el Tribunal consistió en dividir el *iter criminis* ejecutado por Sánchez Rojas, sin tener en cuenta que desde la misma fundación de la Corporación Interamericana de Inversiones Limitada, la que tenía como finalidad la captación de recursos para facilitar exportaciones de productos, hasta la exportación de los recursos captados, era un solo designio criminoso o no, pero que tenían un solo fin: captar recursos monetarios para sacarlos del país. Resulta injurídico sostener como lo hace el Tribunal, que el Control de Cambios tenía facultad para sancionar al señor Sánchez Rojas por la exportación ilegal de capitales, y que la justicia penal ordinaria también tenía facultad para sancionarlo por la

ejecución de los medios que se valió para la obtención de esos recursos monetarios que el sentenciador considera que es una estafa. Siendo los medios ejecutados para la obtención de esos capitales elementos constitutivos de una infracción administrativa que se gobierna por el Decreto 444 de 1967, normación que faculta a la justicia administrativa para reprimir esa modalidad con penas pecuniarias también expresamente consagradas en el Código Sustantivo, la competencia radica en la Superintendencia del Control de Cambios para adelantar o fallar el proceso y no en la justicia penal ordinaria''.

Como resumen de su exposición, anota: ''Impugno la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en razón de que habiendo sido sometido a proceso el recurrente por el Control de cambios, dicha entidad le impuso una pena de las previstas en el artículo 41 del Código Penal, luego no podía sometérsele a nuevo proceso por los mismos hechos, aunque se le hubiera dado una denominación distinta como fue la calificación de estafa continuada. Con ello, el Tribunal infringió directamente el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, el que contiene una 'preciosa garantía para el procesado', como lo dispuso la honorable Corte en sentencia que tiene fecha del 3 de diciembre de 1948, *Gaceta Judicial,* LXV, 383.

''Infringió así mismo el honorable Tribunal de Bogotá, los artículos 3º del Código Penal, en su aspecto sustancial, y el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal en el orden procesal, y quebrantamiento que conduce a la ostensible violación del artículo 26 de la Constitución Política en su previsión de 'falta de observancia de la ley permisiva o favorable', puesto que habiéndose anteriormente sometido al procesado recurrente a un proceso administrativo que terminó con una multa muy elevada y con una pena restrictiva de la libertad cuando se la transformó en arresto, por aparte se le adelantó otro proceso por el delito de estafa, sin tener en cuenta que la facultad represiva que tiene el Estado ya se había extinguido por mandato del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal''.

La Procuraduría, para refutar este cargo, destaca la autonomía e independencia del comportamiento de Sánchez Rojas que, por un aspecto, afectaba a particulares en su patrimonio y atraía consecuencias penales, y, por otro, menoscababa ciertos resguardos oficiales dirigidos a proteger el sistema internacional de cambios, lo cual imponía la aplicación del citado Decreto 444 de 1967.

Y en confirmación de este planteamiento anota dos hipótesis:

a) Sánchez Rojas bien pudo, valiéndose de artificios o engaños, obtener un provecho ilícito de quienes confiaban su dinero, sin que éste, sobre el cual actuaba con el propósito doloso de hacerse a él y no restituirlo, fuese a parar al exterior, y

b) Sánchez Rojas bien pudo quebrantar las normas administrativas reguladoras de ese flujo de dinero al exterior, sin proponerse un comportamiento doloso y perjudicial para los cándidos inversionistas colombianos. Esto indica, se repite, la distinta condición y fin de la conducta realizada por el sentenciado, merecedora de un doble correctivo, el penal y el administrativo.

Agréguese a lo anterior la posibilidad en que se está, en actividades de esta índole, de ofender con una misma acción bienes diferentes aún en el propio campo penal, por ejemplo, la economía nacional y el patrimonio particular. Un buen desarrollo de ese primer rubro (tan antitécnicamente tratado en el Título IX de nuestro Código Penal, que le exhibe como ineficaz y desacomodado con la época) podría dar lugar a sanciones de carácter criminal conductas como las reglamentadas por el Decreto 444 de 1967. Y en este acontecer, nadie negaría la forma concursal entre el delito contra la economía nacional y la estafa. Entonces, si esto es factible entre ilícitos de definido contenido penal, ¿qué no decir en cuanto a infracciones de esta naturaleza y las de carácter administrativo, cuando aquéllas, a título siquiera similar, no se han ocupado de lo que constituye el objeto legislativo de estas últimas? No hay pues cosa juzgada ni violación del principio del nom bis idem.

El cargo se desestima.

2. Se incurrió, también, en la nulidad prevista en el artículo 210, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal.

Bajo esta hipótesis, el recurrente afirma la competencia del Juez Civil del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y la del Tribunal Superior de este Distrito Judicial —Sala Civil—, en segunda.

Al respecto se expone: ''De autos aparece la plena prueba de que el motivo determinante de la acción penal que determinó la formación de este voluminoso proceso, fue la denuncia presentada por los señores Francisco Andrade Camacho

y Octavio Ospina García ... esta denuncia fue presentada por dichos señores con motivo a que los dineros por ellos invertidos en la Corporación no les fueron devueltos cuando estos los reclamaron ... Si el señor Sánchez Rojas le hubiera pagado inmediatamente a los señores Andrade Camacho y Ospina García las sumas de dinero que éstos le habían entregado a la Corporación, no hubieran formulado la denuncia penal que motivó la formación de este proceso, como tampoco se hubieran hecho presentes en el proceso las demás personas que posteriormente formularon también denuncia penal.

"Está suficientemente probado en el proceso por medio de las escrituras públicas debidamente registradas, que el señor Sánchez Rojas ejercitaba actos de comercio perfectamente lícitos. Atrás dijimos cuando se demostraba el cargo inmediatamente anterior contra la sentencia, que una escritura pública constituye plena prueba de los hechos que da fe y que solamente se admite en contra de ese medio de prueba la falsedad de la escritura misma (artículo 261 del Código de Procedimiento Penal).

"Por manera que, siendo los actos ejecutados por el señor Carlos Alberto Sánchez Rojas actos propios de una actividad comercial, tal actividad se rige por los preceptos contenidos en el Código de Comercio y el no pago de las obligaciones contraídas por la Corporación o por su gerente conduce a un estado de quiebra conforme al artículo 1937 del Código citado ...".

Alude a la desaparición de varios cuadernos del proceso adelantado por la Superintendencia de Control de Cambios, en los cuales constaban obligaciones por valor de setenta millones de pesos ($ 70.000.000.00), cuantía muy superior y suficiente para cancelar los seiscientos mil pesos ($ 600.000.00), que reclamaban los presuntos ofendidos.

Remata así el censor su argumento: "Si se hubiera adelantado un proceso de quiebra en lugar del proceso por estafa, se hubiera salvado todos los bienes de la Corporación, ya que el proceso de quiebra en su dinámica procesal permite ejercer un control más severo y eficaz sobre la guarda de los bienes que forman la masa de la quiebra y el Síndico deberá ejercer un control absoluto de tales bienes. Por este aspecto, el proceso de quiebra es más favorable para los intereses económicos de los interesados en la salvaguardia de los bienes que el control ejercitado durante el proceso penal. También la represión penal resulta más favorable al procesado, pues si se da cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, en la escogencia de la norma sustancial para la imposición de la pena para el quebrado, no es las contenidas en el Código de Comercio, sino las contenidas en los artículos 420 y 422 del Código Penal, que conlleva la pena de un mes a un año de arresto y multa de cincuenta a dos mil pesos para el comerciante declarado en quiebra o que sea Gerente de una sociedad anónima. Resultan pues, más favorable el procedimiento civil de la quiebra adelantado por el Juez Civil del Circuito del domicilio del quebrado, que el procedimiento que siguió este negocio adelantado por la justicia penal ordinaria en contra del señor Carlos Alberto Sánchez Rojas, por hechos cuyo conocimiento corresponde a la justicia civil.

Para responder tan artificioso cargo, al cual califica la Procuraduría de "desatino protuberante, indigno de aceptarse como alma de la nulidad que se reclama", bastaría establecer la diferencia que existe entre una sociedad creada con fines lícitos de comercio, que puede verse abocada a una bancarrota, y la que se constituye con el simple pretexto de captar el dinero de incautos, atraídos por el artificio que puede representar una compañía que se juzga seria en sus compromisos. Lo que el proceso demuestra es esta segunda situación. Contra ella el recurrente sólo opone el valor de una escritura pública, que no se ha repudiado, pero deja de comentar el aspecto central, ésto es, que las probanzas allegadas señalan fehacientemente que la existencia jurídica de esa sociedad fue el eficaz medio para inducir en error a los que pensaron obtener un rendimiento fácil y crecido del dinero entregado a Sánchez Rojas.

Mal puede, entonces, invocarse un procedimiento comercial ideado para instituciones que tienen un nacimiento lícito, ajeno a tareas delictuosas y que pueden superar, con este medio jurídico, sus dificultades y aún seguir existiendo legítimamente. Para éstas deben operar las reglamentaciones del Código de Comercio, en sus pertinentes normaciones de la quiebra. Pero es imposible llevar tan benéficas instituciones a empresas delictivas que sólo procuran, con ardides de calificado mérito, el perjuicio patrimonial ajeno. Estas entidades, aparentemente comerciales, no pueden gozar de estos beneficios ni de este tratamiento especial. El proceso penal es el único aplicable y el que responde adecuadamente a los punibles propósitos de sus creadores. Estas sociedades, se reitera, no pueden supervivir, por su

objeto ilícito y porque sólo son instrumentos de engaño.

No resulta atendible la explicación que se ofrece respecto de la insolvencia de la sociedad gerenciada por Sánchez Rojas, y que se hace provenir de la desaparición, en la Oficina de Control de Cambios, de cuadernos que contenían la comprobación de esas obligaciones. Si algo denota este argumento es precisamente lo contrario. En efecto, aparece como algo inverosímil que una sociedad debidamente constituida haya perdido setenta y más millones, de la noche a la mañana, sin contar con adecuados medios de comprobación de sus créditos, y, más todavía, que esa proporción de sus inversiones apenas pudieran demostrarse por los documentos incorporados a ese proceso administrativo. La magnitud de los artificios empleados y la capacidad desplegada para procurarse de modo ilícito el dinero de los depositantes, resalta cuando se observa que seiscientos mil pesos ($ 600.000.00), reclamados por los ofendidos, no pudieron restituirse contándose con inversiones millonarias.

Por último, valga este aparte de la sentencia acusada: "... El contador César Bula dice que había una verdadera anarquía en el aspecto contable de la Cidi. 'No existen los libros Diario ni Mayor que sincronicen cronológicamente las operaciones de las compañías'. Que los libros auxiliares existentes, no tienen base ni coherencia, ya que no se han hecho con comprobantes de evidencias, por lo tanto no tienen ningún valor contable lo allí registrado ni sus cifras permiten establecer una situación ... *Bancos:* Este es el caso más delicado, puesto que no hay establecido ningún control, y lo más grave que la persona que maneja los Bancos, hace la reconciliación y nadie la revisa, el libro Auxiliar de Bancos no opera, puesto que en éste se hacen registros globales de resúmenes y ni siquiera el día último de cada mes se confrontan los saldos; los que en la fecha no cuadran ...".

El cargo es improcedente.

Causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

A su amparo se presentan dos cargos.

1. El Tribunal sentenciador, "por evidente error de derecho aplicó indebidamente en este proceso la ley sustancial ... El expediente comporta la prueba de que antes de dictarse la sentencia de primera instancia, el procesado reintegró totalmente a unos afectados la totalidad de sus dineros, y a otros, en forma parcial, con lo cual se cumplió la exigencia prevista por el legislador en el artículo 429 del Código Penal".

Relaciona como demostración de este aserto, lo siguiente:

El doctor Molano, en el Ecuador, novó su obligación, pues aceptó de Sánchez Rojas, que éste le girara dos letras por valor igual al dinero entregado a la Corporación; Luis B. Martín Novoa, que hizo un depósito por la suma de cien mil pesos, obtuvo como devolución la suma de treinta mil pesos; Josefina Bernal de Barriga, "no pudo exigir el pago de dicha obligación ($ 20.000.00) por cuanto que se enteró que al señor Sánchez lo habían apresado"; Rosalba Molano de Perdomo y Ana Molano de Camargo "afirman que hicieron inversión de algunos dineros pero que ellas no lo han reclamado en su totalidad. Doña Ana dice que a ella le devolvieron un dinero" a solicitud mía "le devolvieron cuatro mil dólares y que allí les queda muy poco dinero". Tobías Perdomo "tuvo necesidad de viajar a Estados Unidos y le fueron devueltos por Sánchez cien o ciento cincuenta dólares en forma inmediata"; Hernán Molano Camargo, recibió "la suscripción de dos letras de cambio en moneda ecuatoriana", quien no intentó hacerlas efectivas; y, Francisco Andrade Camacho y Octavio Ospina García "recibieron en Costa Rica un pago en dólares por concepto de las inversiones que habían hecho en la Corporación".

Aunque la restitución no fue integral, el recurrente recuerda que la doctrina no exige como requisito de la diminuente el que aquella se cumpla en forma total y al respecto cita el siguiente pronunciamiento de la Corte: "Pero como muchas veces la devolución total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales hechos en tales circunstancias, no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente". "... Debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización cumplida en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta" (sentencia, 31 de octubre de 1969, CXXXII, 375).

La doctrina que se cita tiene un matiz que no se aviene con el comportamiento de Sánchez Rojas. El rigor del artículo 429 del Código Penal, que exige en su literalidad restituir el objeto materia de la infracción e indemnizar a la persona ofendida en cuanto a los perjuicios causados, ciertamente lo ha atemperado la jurisprudencia

que se menciona. Pero ésta, que trasciende equidad y sentido humanitario no puede llevarse a extremos aberrantes, en los cuales la restitución y el resarcimiento no pasan de ser más que una farsa y demostración final de la alta peligrosidad del delincuente. La tesis comentada mide la cuantía del reato y la forma, modo y condiciones de la restitución, para encontrar en todo ello un factor prevalente: la buena intención del agente activo del delito que trata de superar adversas circunstancias para aminorar los efectos nocivos de su delito.

¿Podrá advertirse esta situación en la conducta de Sánchez Rojas, y en las explicaciones que ofrece el recurrente? Claro que no. Bastaría pensar en el rendimiento económico que le produjo al sentenciado su actividad delictuosa y la mermada entidad de las sumas tomadas equivocadamente como devoluciones, así como el momento y el motivo por el cual se hicieron, para deducir que no se está en el excepcionalísimo evento que la doctrina prevé. Nótese que algunas de esas restituciones no tuvieron la más mínima eficacia y apenas fue una dilación más en el desenmascaramiento de la total ilicitud. Un insolvente doloso, que no pretendía devolver el dinero, ante el apremio de los ofendidos, accedía a girar algunas letras de cambio, que más que un pago tenían apenas el valor de constituir el título de la obligación. De otro lado, como bien se anota en la providencia impugnada, "cierto es ... que el procesado Sánchez Rojas firmó una letra en favor del doctor Hernán Molano Camargo, por trescientos mil sucres y que alcanzó a hacer algunos abonos por reintegros o 'dividendos' a otros inversionistas, pero estos hechos no demuestran otra cosa que el afán del imputado para sostener una situación de aparente normalidad, pues si de inmediato hubiera rechazado todo acuerdo, más pronto se hubiera derrumbado también todo el imperio financiero tan artificiosamente creado, con las consecuencias que eran de esperarse". En estas condiciones, el desechamiento que el Tribunal hizo del artículo 429 del Código Penal tiene un respetable fundamento y se mueve dentro del arbitrio racional que la doctrina comentada permite al juzgador. No se ha excluido, pues, una interpretación sana y fecunda de la norma y de la jurisprudencia. Se le ha dado una exacta y justa aplicación.

El cargo no prospera.

2. "Infringió el honorable Tribunal sentenciador al darle aplicación en la sentencia al artículo 32 del Código Penal cuando la modalidad delictuosa imputada al procesado era simplemente la de estafa, y simple y no continuada".

Para fundamentar este cargo, que no se sabe a cuál de las hipótesis de la causal 1ª del artículo 580, aparte primero, corresponde, pues el recurrente omite esta determinación, se dice que la doctrina de la Corte insiste en repudiar el delito continuado cuando son varios los ofendidos. Al respecto se menciona un pronunciamiento de 1945.

El impugnador concluye en que se "incurrió en ostensible y evidente error de derecho el honorable Tribunal al darle aplicación en el caso concreto del procesado Carlos Alberto Sánchez Rojas, al artículo 32 del Código Penal, en razón de que siendo un solo designio criminoso dirigido contra diversas personas, en cada caso particular se agotó el *iter criminis* del delito, facto que excluye expresamente la continuidad del delito".

"Se trata en este caso de un error de derecho que consiste en que el Tribunal le otorgó un valor superior al que realmente le otorga el legislador a la modalidad del hecho ejecutado por el procesado, cuando infringiendo el artículo 1º del Código Penal, que es una norma sustancial, quebrantó también el artículo 32 de la misma obra, al considerar que existía el delito continuado por existir varios sujetos pasivos del delito aunque no hubiera existido sino un solo designio criminoso".

Para responder a este cargo, indebidamente formulado, el Procurador se remite a las juiciosas consideraciones que el Tribunal señala en su fallo, como contestación a una idéntica alegación formulada en la respectiva instancia.

La Sala no quiere reproducir *in extenso* esas acertadas glosas, con amplio apoyo en los tratadistas. Basta, a este fin, señalar brevemente lo siguiente:

a) La Corte no ha reiterado su criterio de excluir el delito continuado por el simple factor de la pluralidad de los sujetos pasivos;

b) Pronunciamientos posteriores posibilitan ampliamente este cambio de criterio y permiten afirmar que es el concepto imperante en la actualidad;

c) Los delitos que no afectan derechos personalísimos, entre ellos los atentados patrimoniales, dan cabida en la doctrina y en la jurisprudencia al delito continuado, así sean numerosos y distintos los sujetos pasivos de la acción delictiva;

d) En esta modalidad delictiva interesa más el ánimo de quebrantar una misma disposición de

la ley penal y la indiferencia del delincuente ante la calidad, condiciones o características del sujeto pasivo. Por eso la decisión de 14 de febrero de 1957 (*Gaceta Judicial, LXXXIV,* páginas 456/457) debe considerarse la apreciación dominante al respecto. Así lo entendió el Tribunal y así lo sigue considerando la Sala.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR el fallo acusado.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACION

No debe confundirse al Juez o Magistrado impedido, con el Juez o Magistrado que tiene un motivo de impedimento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 41 de junio 6 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 8 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Mediante providencia de 23 de marzo de 1976, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares absolvió a los procesados Enrique Alturo Afanador y Rafael Antonio Gómez Orduz por una posible infracción ubicable en el Decreto 1188 de 1974. Dicha providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 9 de septiembre de 1977 en cuanto a la absolución de Gómez Orduz y revocada para Alturo Afanador, que fue condenado a la pena principal de tres (3) años de presidio, accesorias de ley, multa de $ 5.000.00 y decomiso de un vehículo. Contra esta condena se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

1. Los antecedentes:

Fueron resumidos por el Tribunal de la siguiente manera:

"Los hechos que dieron origen a este proceso tuvieron ocurrencia el diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, en momentos en que el Subteniente Mariano Santacruz Benavides, en compañía de un grupo de agentes cumplía con la misión de practicar una requisa a los automóviles y a las personas que transitaban por el sector de la carrera 24 con la calle 53 de esta ciudad, encontrando en el automóvil marca 'Simca', color verde, modelo 1973 de placas EV-78-79, conducido por Alturo Afanador, una sustancia blanca que resultó ser cocaína" (folio 19, cuaderno 4º).

2. La actuación procesal subsiguiente:

La investigación se inició mediante auto cabeza de proceso de 19 de noviembre de 1975 en el Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar. Se recibieron varios testimonios de policiales que actuaron en las capturas y decomiso, se indagó a los dos sindicados (folios 31, 51, 200, 46 y 223, respectivamente), se les careó con los declarantes (y a éstos entre sí). El 27 de noviembre siguiente se les dictó auto de detención (folio 82). Se pesó la sustancia decomisada (folios 25 y 37) para un total de ciento seis gramos o ciento siete gramos), se tomaron muestras para su examen científico, se licuó y botó el resto como lo ordena la ley. El Laboratorio Criminalístico (folio 67) dictaminó que se trataba de clorhidrato de cocaína, droga ésta que es estimulante y causa farmacodependencia. El Laboratorio de Toxicología (folios 81 y 262) dictaminó que se trataba de clorhidrato de cocaína con una concentración del 69%. Medicina Legal (folios 222 y 253) se pronunció acerca de que se trataba de sobredosis. Los sindicados fueron examinados en la sección de Psiquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal y no se les encontraron síntomas de farmacodependencia psíquica o física a drogas alucinógenas o estupefacientes (folios 220 y 221).

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares absolvió a los dos procesados en providencia del 22 de marzo de 1976 y los liberó "condicionalmente mediante caución de presentaciones quincenales", según textualmente se copia. Para la obligada consulta de esta providencia se dispuso su envío al Tribunal Superior Militar. El Decreto legislativo número 1263 de 22 de junio de 1976 levantó el estado de sitio impuesto

al país por los Decretos 1136 y 1249 de 1975 y dejaron de regir los Decretos 1142, 1250 y 2407 de 1975 que habían dado competencia a la Justicia Castrense para conocer de casos como el aquí investigado y juzgado. El Tribunal Superior Militar en auto del 27 de octubre de 1976 (folio 425) ordenó el envío del proceso al Tribunal Superior de Bogotá para que se surtiera la segunda instancia.

El Tribunal Superior de Bogotá emitió una providencia el día 29 de enero de 1977 para revocar la providencia consultada porque, según allí se dijo, no era posible aplicar el artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar y ordenó el envío del proceso a los Jueces Penales del Circuito para que se continuara el proceso. Fue ponente de esta providencia el Magistrado Manuel Guillermo Silva G. y completaron la Sala de Decisión los Magistrados Luis Enrique Aldana Rozo y Víctor Julio Chaustre Ramírez. El proceso correspondió al Juzgado Veintinueve Penal del Circuito y allí se presentó una petición de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Luego de tramitarla el juzgado anuló la actuación cumplida, se abstuvo de permanecer en el conocimiento del asunto y lo devolvió al Tribunal Superior de Bogotá para que se surtiera la segunda instancia (auto de 24 de mayo de 1977). El Tribunal Superior recibió de nuevo el proceso y emitió la sentencia del 9 de septiembre del mismo año que revocó la absolución de Alturo Afanador para condenarle en la forma dicha en la parte inicial de esta sentencia, y confirmó la absolución de Gómez Orduz. Fue ponente el Magistrado Manuel Guillermo Silva G. y completaron la Sala los Magistrados Luis Enrique Aldana Rozo y Jaime Bernal Cuéllar. Contra la condena de Alturo Afanador se interpuso recurso de casación.

3. La demanda de casación y las causales que invoca:

Con base en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el censor formula a la sentencia impugnada un primer cargo de nulidad que dice consistir en la "incompetencia del juez" (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal). Esta incompetencia la hace consistir en que el Magistrado ponente de la sentencia de condena estaba impedido para actuar, porque con anterioridad había intervenido en la Sala de Decisión que emitió la providencia de 29 de enero de 1977, en la cual aparece esta afirmación: "Se observa sí que en cuanto a la responsabilidad penal de los procesados en la infracción investigada, ella no se encuentra claramente demostrada". En esta frase, dice el censor, está el impedimento ubicable en el numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, porque constituye "un juicio de fondo, como que atañe a la ausencia de prueba necesaria bien para condenar, ya para absolver ...". De la afirmación de este impedimento que el Magistrado debió declarar sin necesidad de que se le recusara surge la incompetencia alegada, pues ésta no radica en la manifestación del impedimento sino en el hecho mismo que lo origina, es decir, en haber emitido concepto sobre el fondo del asunto en providencia anterior a la impugnada. Concluye así el censor: "La incompetencia del juzgador que profirió la sentencia acusada resulta manifiesta, pues al estar impedido para juzgar uno de los miembros de la Sala de Decisión, el juez plural quedó incompleto y la decisión no tiene validez". Solicita casar la sentencia y decretar la nulidad de lo actuado en la segunda instancia "a partir de la providencia que dispuso dejar el negocio en la etapa del sumario, pues así se garantiza a mi mandante un juicio adelantado por juez competente que no ha anticipado opinión sobre el fondo del asunto".

Al amparo de la misma causal formula un segundo cargo de nulidad, esta vez de carácter supralegal, por desconocimiento de las formas propias del juicio, que hace consistir en "habérsele dado al proceso tres instancias". En esta segunda instancia surtida ante el Tribunal Superior de Bogotá se produjeron "dos pronunciamientos de fondo", pues en el primero se dijo que no había prueba para condenar y "obviamente se ha debido mantener la absolución que era objeto de examen", y en la otra se produjo la condena "sin embargo de que ningún elemento de juicio nuevo fue traído entre una y otra determinación". Esta "seria irregularidad", dice el censor, "se originó en que en la primera ocasión, el juzgador de segunda instancia ignoró el trámite previsto en el artículo 3º del Decreto 1250 de 1975, aplicable al negocio". El hecho de que el Juez Penal del Circuito anulara la actuación de su superior y prácticamente le ordenara proferir la decisión que legalmente correspondía, "aspecto bien extraño", según apunta, no impide que existiera una doble instancia en el Tribunal, con la consecuencia de que se produjeron sentencias contradictorias e intervención de juez impedido. Termina por pedir la nulidad del que califica como "trámite irregular", con el objeto de que un juez no impedido

resuelva "si se mantiene o no la sentencia absolutoria proferida por el juez castrense en este negocio".

Con base en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que propone como subsidiaria, se refiere al desconocimiento del fallador del hecho plenamente comprobado de la presencia de un tercer individuo que, afirma, llevaba consigo la cocaína decomisada y huyó en el momento de la requisa. Hay, en consecuencia, manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas y falta de estimación de los elementos de juicio aportados al proceso. Por ello se aplicó indebidamente la norma que define y sanciona el tráfico de estupefacientes en el Decreto 1188 de 1974, y se violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, porque no había prueba para condenar. También sobre la base de que el juez había emitido opinión y de que no se modificó la prueba, dejó de aplicarse el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal sobre dudas.

Un primer cargo con base en esta causal se refiere a "falta de apreciación de varios testimonios" como son los de los dos procesados y de los agentes Carlos Julio Suárez Rincón y Carlos Urrea Sáenz, e incluso el testimonio del policial Pedro Antonio Ortiz en careo con Gómez Orduz. Todos hablan de un tercer personaje y el juzgador ignora esa prueba para tomar a cambio la que surge de la declaración del Subteniente Santacruz Benavides, que afirma haber visto sólo a dos en el interior del vehículo. El error manifiesto de hecho consiste en "falta de apreciación debida de los testimonios de descargo, y por darle un indebido alcance probatorio a la afirmación negativa indefinida del declarante, Subteniente Santacruz Benavides". Los policiales citados, agrega, a pesar de ser subalternos de éste, mantuvieron sus dichos, no se tuvo en cuenta que ellos afirman que cuando se comentó que el que se había escapado debía estar ya desmontando la fábrica de cocaína el Subteniente preguntó "que quién iba a decir que se escapó uno de los sospechosos", tampoco se tuvo en cuenta la falta de interés en los policiales para sindicar a un desconocido, etc.

Un segundo cargo, al amparo de la misma causal, lo hace consistir en "error manifiesto de hecho, por darle el alcance de plena prueba a un solo indicio, no obstante estar refutado el hecho". Se refiere así a las declaraciones sobre ubicación en el puesto delantero derecho del automóvil del paquete que contenía la cocaína y dice que de allí se extrajo el indicio de que la portaba Alturo Afanador. Este indicio, en su sentir, no es necesario y aun concediéndole el carácter de grave se tendría que en ese solo indicio se apoyó la sentencia, con desconocimiento del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, pues se le dio alcance de prueba plena cuando en verdad no lo tiene. Esos yerros dieron lugar, según el demandante, a la indebida aplicación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 al dar por plenamente demostrada una supuesta responsabilidad de su mandante. Solicita, en consecuencia, invalidar el fallo y dictar sentencia absolutoria.

4. La contestación del Ministerio Público:

Para el primero de los cargos que al amparo de la causal 4ª formula la demanda, dice el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que a pesar de encontrarse apreciaciones de carácter probatorio en la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual el censor sitúa la emisión antelada de una opinión, lo cierto es que su adopción se debe a defectos procedimentales que se creyó encontrar en la actuación cumplida en la primera instancia realizada por la Justicia Castrense. Esta actuación fue anulada y el decreto de nulidad la dejó sin efectos. Esto sería suficiente para rechazar el cargo. Agrega el Procurador al decir que no resulta aceptable el planteamiento de la acusación: "Pues de esta manera y al pronunciarse los funcionarios en las oportunidades previas (sic) por la ley conduciría a su separación en el trámite del proceso respectivo, aunque se tratara de la misma instancia, con perjuicio y dificultad para la administración de justicia". De aceptarse lo dicho por el demandante el vicio se extendería no sólo al Ponente sino a los demás integrantes de la Sala y al propio Ministerio Público. Para el segundo de los cargos, el de una posible doble instancia, afirma el Ministerio Público que no hubo duplicidad alguna porque se interpuso el decreto de nulidad.

Por la causal primera, en cuanto a la afirmación de un error de hecho en la apreciación de las pruebas y falta de estimación de algunos elementos de juicio, dice el Ministerio Público que el juzgador no prescindió de la estimación de las pruebas que el censor considera favorables a su patrocinado, sino que sí fueron examinadas pero se les desechó, que no es lo mismo. Dice así: "Examinada la propidencia impugnada aparece que en la misma se hizo alusión a las pruebas ya mencionadas, precisadas en parte anterior de este concepto al tratar de la actuación procesal; con relación a las mismas pruebas, se expresó

que frente a las versiones opuestas sobre el número de ocupantes del vehículo, debía acogerse lo expresado por el oficial y uno de los agentes, en cuanto a que sólo ocupaban el vehículo dos personas y respecto al mismo punto, se examinaron las alegaciones de la defensa, que coinciden con las que se examinan, para deducir finalmente la responsabilidad del acusado mencionado. En cuanto a la errada apreciación de los testimonios de los agentes, dice el Ministerio Público que no aparece demostrado el error que se imputa al fallador, ya que el Subteniente Santacruz fue afirmativo en sus diversas intervenciones y el agente Ortiz también sostuvo la misma versión, aunque admitiera después que bien pudo no ver a una otra persona".

Finalmente, tampoco puede decirse que se le diera valor de prueba plena a un solo indicio "pues no obra contra el procesado solamente la circunstancia de que solo él y el otro acusado transitaban en el vehículo, afirmada con base en las pruebas dichas y que según lo antes indicado y lo considerado por el Tribunal revisten valor suficiente, sino que también operan contra el mismo las otras pruebas indicadas, como fueron haberse hallado en el vehículo la sustancia estupefaciente, lo cual no admite duda, ni ha sido discutido y frente a esto aparece la insuficiencia de las explicaciones suministradas por las razones ya indicadas".

En concepto del Ministerio Público deben rechazarse todos los cargos formulados a la sentencia.

5. Las consideraciones de la Sala:

Por el primero de los cargos de nulidad que al amparo de la causal 4ª propone el censor, bien se ve que confunde al Juez o al Magistrado impedido con el Juez o Magistrado que tiene un motivo de impedimento. El primero es aquel que por haber declarado el impedimento que le asiste (artículo 77 del Código de Procedimiento Penal) y previo el procedimiento de ley (artículos 79, 83 y 89), resulta separado del conocimiento (artículos 80, 81, 83 y 89); también aquel que resulta separado del conocimiento al prosperar una recusación (artículos 84, 85 y 89). El segundo es aquel cuya situación frente al proceso puede enclavarse en cualquiera de las hipótesis de los distintos numerales que conforman el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, pero no ha manifestado su impedimento ni ha sido recusado. No basta, en consecuencia, que el impedimento exista sino que es menester su declaración y su calificación de fundado para que, finalizado el correspondiente incidente que tal manifestación provoca, pueda hablarse de Juez o de Magistrado impedido. Se requiere, por tanto, un pronunciamiento judicial en tal sentido.

Resulta, además, que el censor limitó el cargo a la situación del Magistrado Ponente y resulta comprobado que, en el caso concreto, estaba en igualdad de condiciones otro de los integrantes de la Sala de Decisión, pues el tercero sí cambió entre una y otra providencias, la primera de las cuales contiene, en sentir del impugnador, la manifestación de una "opinión sobre el asunto materia del proceso" que permite afirmar la existencia de un impedimento ubicable en la parte final del numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Nada obsta para que el alegato se extienda a ese segundo Magistrado, pero si en gracia de discusión se acepta también que existió un preconcepto en este caso por parte de esos dos funcionarios, debe decirse que tenían sí un motivo para declararse impedidos pero no lo hicieron ni nadie los recusó. En estas condiciones, la existencia de un impedimento que no ha sido objeto de examen y evaluación en las instancias no existe para el proceso y, ello es obvio, no puede producir ningún efecto.

Por otra parte, ya desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado acerca de si un impedimento existente pero no manifestado acarrea o no nulidad de lo actuado por el funcionario en quien concurre, pero no ha sido separado del conocimiento. Un antecedente se encuentra en sentencia de casación del 20 de junio de 1934 (Gaceta Judicial, Tomo XLI bis, página 148) que no por ser anterior a la legislación en vigencia deja de tener aplicación si se sabe que se emitió en el caso de un Magistrado que participó en la confirmación de un auto de enjuiciamiento que él mismo dictó cuando desempeñaba el cargo de juez. Se dijo en aquella oportunidad que tal cosa no constituía causal de nulidad porque éstas se encuentran taxativamente indicadas en la ley y entre ellas no figura la de decidir cuando se tiene motivo de impedimento. Un segundo antecedente resulta más preciso y dice así: "La jurisdicción —de conformidad con el Código de Organización Judicial (artículos 146 y 147)— se pierde desde que el funcionario por causa del impedimento o recusación fue separado del conocimiento, y se suspende desde que se manifestó el impedimento o se recibió aviso de recusación, hasta que se hayan declarado infundados el uno o la otra; sólo, pues, los actos que se ejecuten después de la separación del conoci-

miento y antes de la calificación del impedimento o de la recusación, si se declararen fundados, podían anularse por falta de competencia, pero nunca los que se ejecutaron sin la declaración del impedimento ni la propuesta de la recusación; con mayor razón si, como es el caso en estudio, caducó el derecho de las partes interesadas a la recusación, o por lo menos hubo renuncia tácita, representada por la omisión aplazada". Luego de otras consideraciones sobre el tema, concluye así la jurisprudencia en cita: "En resumen la no manifestación de un impedimento no acarrea nulidad del proceso, por cuanto no está incluido en la enumeración de la ley, ni afecta los intereses que tutela la Constitución" (casación de 23 de septiembre de 1948). El cargo no prospera.

Si a cualquier proceso penal se le dan tres instancias —caso verdaderamente raro y casi inconcebible—, es claro que se presenta nulidad de rango supralegal, por desconocimiento de las formas propias del juicio, de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional y repite el 1º del Código de Procedimiento Penal en vigencia, pues todo el ordenamiento jurídico-procesal considera solamente dos. En el caso de autos ese extraño acontecer no se presenta porque, si bien es cierto que hubo dos pronunciamientos en la segunda instancia, también es cierto que entre los dos medió una declaratoria de nulidad, correctamente adoptada, que destruyó el primero por ser totalmente equivocado. El propio censor lo pone de relieve cuando habla de "seria irregularidad" porque el juzgador de segunda instancia "ignoró el trámite previsto en el artículo 3º del Decreto 1250 de 1975, aplicable al negocio". Resulta extraño, pero no subvierte la ley, que la nulidad fuera decretada por un inferior y cobijara la actuación del superior, como aquí aparece, si el vicio en verdad existió, si constituía un obstáculo para el debido juzgar, y si ella, la nulidad, podía decretarse en cualquier estado del proceso como lo preceptúa el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. Al no existir la pretendida nulidad que se aduce en este segundo cargo, no puede prosperar.

En cuanto a los cargos que al amparo de la causal 1ª de casación formula el censor, se tiene:

Por lo que respecta a una posible "falta de apreciación de varios testimonios", como son los de los dos sindicados en sus versiones de indagatoria y los de los policiales que nombra, bien se ve que el juzgador sí apreció dichos testimonios, hasta el punto de que al resolver consignó en el punto 6º de la sentencia que se expidieran copias "de lo pertinente a fin de que por la autoridad competente se investigue el delito de falso testimonio en que pudieron incurrir los agentes de la policía Julio Suárez Rincón y Carlos Alirio Urrea Sáenz, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia". Lo que en relación con ellos se expresó es claro: que sus versiones carecen de respaldo procesal y no merecen credibilidad, como contestación al alegato del defensor sobre este punto. De lo dicho se desprende que en este cargo el censor opone su criterio estimador de la prueba al que tuvo el sentenciador sin demostrar el error manifiesto en que dice incurrió éste al discriminar cinco puntos que, en su concepto, sirven para demostrar que debió atenderse lo dicho por los policiales y no lo dicho por el Subteniente Santacruz Benavides y por el policial Pedro Antonio Ortiz, inseguro este último en sus declaraciones según el censor. Por otra parte, le asiste razón al Ministerio Público cuando, en relación con otro aspecto de este primer cargo, apunta: "En cuanto a la errada apreciación de estos testimonios de los agentes, no aparece demostrado el error en que incurriera el fallador; porque el Subteniente Santacruz fue afirmativo en sus diversas intervenciones y careos, en cuanto al punto indicado (presencia de sólo dos personas en el interior del vehículo, agrega la Sala); el agente Ortiz también sostiene esta versión no obstante que finalmente admitió que pudo no ver otra persona por las personas reunidas, pero sin negar o desconocer su primera aseveración; aparte de que en el mismo sentido aparece la declaración de otro agente, quien también intervino, que se menciona en el fallo". Este agente es Miguel Angel Plazas, a quien el censor no nombra, pero que en verdad aparece citado en el fallo y del cual se dice que su testimonio respalda el procedente del Subteniente Santacruz Benavides. Por lo dicho, entonces, el cargo no prospera.

Finalmente, debe decirse que no es cierto que la sentencia se haya montado sobre un solo indicio no necesario al cual se le ha dado valor de plena prueba. Revisado el fallo impugnado no se encuentra en él una sola alusión a indicios. El haber encontrado el paquete contentivo de cocaína dentro del automóvil se tomó como prueba de la materialidad de la infracción, cosa ésta que no ha discutido nadie. En cuanto a la responsabilidad del procesado Alturo Afanador ella se estableció con base en las contradicciones que para su afirmación sobre la existencia de un tercer ocupante del vehículo trae en su indagatoria. El demandante no demuestra que el fallador hu-

biera incurrido en error de derecho manifiesto y, por tanto, el cargo tampoco prospera.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

REVISION

Nuevas pruebas no conocidas al tiempo del debate. Valor probatorio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 43 de junio 9 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 9 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Luis Alfonso Castañeda Colorado, por el delito de homicidio-asesinato en Rafael Duque Gallego, descuenta actualmente quince años de presidio, pena impuesta en las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Superior de Pereira (abril 6 de 1976) y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial (mayo 25 de 1976).

El reo ha constituido apoderado especial para promover la revisión de su juicio y en ejercicio de ese mandato se ha presentado la demanda de rigor, la cual, por auto de 15 de septiembre de 1977, se declaró ajustada a las formalidades preceptuadas por el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, después de cumplirse el trámite de ley, se trata de definir la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en este acápite de su concepto, ofrece una versión exacta de estos aspectos. Valga entonces, reproducir este aparte:

"... El día nueve (9) de mayo de 1975, cuando Rafael Duque Gallego se hallaba dormido por efectos de bebidas alcohólicas y recostado sobre una de las mesas del bar 'Mi Banquito' en zona urbana de la población de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), recibió un disparo en la cabeza que le produjo la muerte en forma inmediata; al oír el disparo, si bien no hubo testigos de los hechos, la policía que se encontraba en las inmediaciones y diferentes personas, emprendieron la persecución de un individuo vestido con ruana, quien huyó; como resultado de la persecución, se logró la captura por la policía, de Luis Alfonso Castañeda Colorado, quien fue herido por los disparos del oficial y agentes que lo perseguían, al responder a los que hacía aquél en su fuga, con arma que portaba.

"Efectuado el levantamiento del cadáver y recibido informe de la policía sobre los hechos y captura del sindicado mencionado, abrió la investigación el Juzgado Quinto de Instrucción del Distrito; fue oído en indagatoria el procesado, quien expresó que encontrándose en Santa Rosa de Cabal, se produjo un abaleo, corrió, lo alcanzó un individuo desconocido, el cual tomó otra dirección y después él fue alcanzado por sus perseguidores, habiendo sido herido; reitera que oyó un disparo y vio un hombre que iba a paso largo y cuando se aproximaba a él vio que lo perseguían y que disparaba contra aquéllos un arma que llevaba, pero él no portaba arma alguna, ni disparó; negó su responsabilidad en el hecho y conocer al occiso; en posterior ampliación, en relación con diligencia o exposición que aparece recibida en inspección de policía de Pereira, negó haberla rendido y que en la fecha en que fue capturado portara arma alguna.

"Se recibieron las declaraciones de los agentes que intervinieron en la captura y de la propietaria de la cantina en que ocurrió el hecho, quien expresó que el occiso se encontraba solo y que después del disparo, salió a la calle y vio un hombre de ruana blanca, que fue perseguido; se dictó auto de detención contra el procesado y se agregó declaración tomada al mismo en Pereira —fir-

mada a ruego dado su impedimento por la lesión—, según la cual se hallaba en un café y se suscitó un problema 'con un señor Rafael que no recuerdo el apellido, allí hubieron varios disparos de parte y parte hasta que yo resulté herido acá ...', cree que la herida se la hizo un teniente de la policía y '... según me dijo el mismo teniente, yo maté al señor Rafael con los disparos que hice ...', diligencia ésta que desconoció el mencionado procesado en posterior ampliación de indagatoria, como quedó anotado; se recibieron otras declaraciones, entre éstas las del médico que lo atendió en Santa Rosa de Cabal, como también de una enfermera y de un Agente de Policía, en cuanto a manifestaciones hechas por el procesado en relación con los hechos; y solicitada la revocatoria del auto de detención, fue negada por el instructor.

"Enviado el expediente al juez del conocimiento, se dispuso la práctica de otras pruebas, consistentes en las declaraciones del inspector de policía y su secretario, quienes recibieron exposición al procesado citado; cerrada la investigación, el acusado fue llamado a responder en juicio por homicidio agravado por la alevosía y por la indefensión de la víctima, providencia que apelada por el procesado fue confirmada por el Tribunal al resolver dicho recurso; dentro del término probatorio se practicaron las pruebas decretadas por el juzgado y solicitadas, entre éstas, inspección judicial (reconstrucción), y declaración del Subteniente Ramiro Heberto Almonacid, quien intervino en la captura de Castañeda Colorado y expresó que al tiempo con éste corrió un compañero y se separaron, que aquél disparó arma contra él y que le dijo 'que había dado muerte a Duque Gallego, porque él lo había arruinado, pero no me dijo en qué, no me dijo más ...', efectuada la audiencia, en la cual se formularon las alegaciones pertinentes por la defensa, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, la cual quedó en firme, según se expresó ...".

Pruebas consideradas en la sentencia condenatoria

Los fundamentos de este fallo se pueden sintetizar del siguiente modo:

a) La personalidad del condenado. Al respecto se afirma, textualmente, que es "individuo contra quien se han adelantado ... seis sumarios por delitos contra la vida y la integridad personal que, de paso, permiten presumir —aunque no figuran sentencias condenatorias en su contra— que viola el derecho a la vida con suma facilidad y tal destreza que al cometer el último homicidio gozaba de libertad. Se le acusa, además, de haber dado muerte, en el Municipio de Guática, al señor Joaquín Guevara ...";

b) La forma como se efectuó la captura. Esta ocurrió por intervención de la policía provocada por las voces de alarma de personas próximas al lugar de los hechos, que iniciaron, con la autoridad, la inmediata persecución de quien a la postre resultó ser Castañeda Colorado. Este huyó, no como quien trata de sustraerse de una acción en la cual se ve envuelto de modo circunstancial, sino a la manera del autor de grave hecho, casi que sorprendido en su propia consumación, después de correr varias cuadras, empleando para su protección un arma de fuego, tratando de ocultar su identidad (se despojó de una ruana que llevaba) y permaneciendo entre matorrales no obstante encontrarse herido y saber que la policía circundaba el sitio;

c) Las manifestaciones que hiciera Castañeda Colorado, cuando se logró su aprehensión, indicativas, a no dudarlo, de su participación en la muerte de Rafael Duque Gallego. A grandes rasgos, tuvieron los siguientes destinatarios y significado: "al ser indagado verbalmente el sindicado, dijo haberlo matado porque se le había robado unas vaquitas años atrás" —informe suscrito por el Sargento Ramiro Heberto Almonacid Gómez, su principal capturador—, folio 4, ratificado ampliamente en su testimonio de folios 180 y siguientes, en donde anota un punto de su importancia: "Preguntado: ¿Díganos si recuerda usted si delante de Castañeda Colorado, iban algunas personas? Contestó: que yo recuerde al parecer un compañero de él, porque en el momento de ir por la carrera 15, otro sujeto, porque no sé quién sea, emprendió la carrera junto con él. El mencionado sujeto iba a gran velocidad, corriendo, abriéndose uno a la izquierda o sea Castañeda y el compañero hacia la derecha, o sea a la carrera 14 ... lo único que me dijo fue que Duque lo había arruinado".

El agente José Seney Orozco Gómez, folio 14, atestigua que al ser preguntado por el arma, Castañeda Colorado "respondió de que cruzando una laguna él la botó, estuvimos hasta la una de la mañana buscando el arma y no fue posible hallarla"; también reproduce la versión suministrada por otros compañeros de oficio, obtenida del sentenciado, sobre el motivo del homicidio: "le había robado unas vacas dizque en el valle". Esta situación probatoria la corroboran los agen-

tes Pablo Emilio Serna Londoño ("oí cuando dijo que había botado el revólver ... me dijo a mí que sí que lo había matado" —folio 46 vuelto—); Guillermo Moncada de los Ríos ("le dijo —Almonacid Gómez— que qué había hecho el revólver y señaló o mejor me parece que dijo que: para arriba ... él estaba en camisa, porque la ruana la había tirado allá en el alumbrado ... ahí sí gritaba uno que ahí estaba la ruana que la había dejado él. Esa ruana era como blanca"); Heliodoro Escobar Ariza —folio 51—; Luis Angel Londoño Giraldo, quien vigiló al herido ("él me contestó: agente, yo tuve que hacerlo porque él me había robado unas vaquitas y como la ley lo andaba buscando y no lo habían podido coger con la masa en la mano, el tipo se encontraba huyendo, que él era un tipo muy pobre y que ese individuo lo había dejado en la calle, porque era lo único que había tenido, eran esos animalitos que ese tipo le había robado ... ese revólver es del dueño de la finca donde yo trabajo ... le pregunté, dígame en qué parte botó el revólver ... posiblemente se me cayó en las primeras alambradas que tuve que pasar, ya que iban bastantes civiles detrás de mí haciéndome disparos" —folio 60—).

Alberto Enrique Venegas Talero, galeno que le aplicara las primeras curaciones, asevera: "... me dijo: doctor, aquí terminó todo lo mío, habría sido mejor que me hubieran matado ..., oí que le dijo a una de las enfermeras como en una forma muy espontánea, señorita, yo hice esto porque me dejó en la ruina y algo relacionado con un ganado que le robó o que le robaba ...".

Ante el Inspector Superior del Permanente de Occidente, en Pereira y a escasas ocho horas de los sucesos, Castañeda Colorado afirmó que se encontraba en un café "cuando de pronto se suscitó un problema con un señor Rafael", con varios disparos de parte y parte hasta que él resultó herido, a manos de un teniente de la policía, el mismo que posteriormente le dijo que había matado al citado "Rafael", y

d) Las indicaciones del procesado, contradictorias e inverosímiles, insuficientes para explicar, como él lo quería, su huida, captura y afirmaciones que varias personas le escucharon con relación a los hechos.

La demanda de revisión

Invoca dos causales:

a) "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" —artículo 584-3 del Código de Procedimiento Penal—, y

b) "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad" —artículo 584-5 del Código de Procedimiento Penal—.

La fundamentación la presenta así el apoderado, en su escrito de folio 163:

"... los testimonios ratificados y ampliados por los señores Alberto Alzate, Guillermo Alzate, Manuel Tangarife y Pedro Felipe Parra, quienes relievaron en el reato la participación exclusiva del individuo José Jair Triana Tafur, no obstante la tosudez del Juez Doce aludido, quien, comisionado por la honorable Corte, dio en rodear los interrogatorios de unas manipulaciones un tanto funambulescas, propias del juez que ve siempre en el testigo a un instrumento de componenda, a un sujeto de torcida intención o de amañado contubernio con la mendacidad. Ello explica el que algún testigo descubriese, en el periplo final de la prueba, una aparente incursión en el camino de la contradicción, pero ello es sólo aparente. De allí la constancia escrita que al respecto debí sentar en el proceso ante dicho juez. Bien puede ser, desde luego, que al mismo le hubiese animado el mejor celo por obtener mejor brillo en la verdad real, pero se deslizó por atajos que desdijeron de su propósito, y casi que oscurecieron el itinerario probatorio, el cual no obstante conservó su meridianidad o claridad para el procesado.

"A fe, honorable Magistrado, que el procesado no fue el autor material, que ni intelectual, de la muerte agotada en la persona de Rafael Duque Gallego, pues el proceso le sitúa en el marco de una realidad locativa y temporaria bien distinta y distante del que presidió el acto homicida, que no es otro que el que debió discurrir el individuo José Jair Triana Tafur, contra quien, de manera clara e indubitablemente, a mi juicio, apunta el acervo probanzal, aún el que se hacía presente, con vigencia patente e imputadora, en el decurso del proceso, y por ende precedente al período probatorio advenido por decisión de la honorable Corte, el cual, de suyo, fortunosamente, vino a arrojar

un mejor lampo de luz sobre el caudal, sí que también sobre la situación jurídica de mi patrocinado ...''.

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría

Propiamente la primera de las mencionadas causales se hace depender de la aceptación que tenga la segunda. En otras palabras, si ésta prospera, es factible que pueda dudarse de la idoneidad del recaudo testimonial que se tuvo en cuenta para proferir el fallo de condenación. Esto porque no ha existido proceso independiente que determine la falsedad testifical en que pudiera incurrir algunos de los declarantes del proceso impugnado. El recurrente le da un definitivo valor a la prueba que se ha aportado en favor y procedencia del recurso, al punto que todo lo que se le oponga o aparte debe reputarse como falsa. Esta es una apreciación muy personal, en la cual es evidente que se trata de contraponer su criterio al que expresaron los jueces de hecho y de derecho. Si a ésto se redujera la alegación, sería manifiestamente inconducente y no merecería otro comentario. La prueba considerada en el fallo de condenación, sería suficiente, por sí, para rechazar las extemporáneas e infundadas críticas del memorialista. Es más, y ésto tendrá mayor importancia en el estudio de la segunda censura, la prueba de cargo aparece como sólida, precisa, imparcial y concordante, con suficiente eficacia para estimular el proferimiento de un fallo de condenación.

En cuanto a las nuevas pruebas no conocidas al tiempo de los debates, o sea los testimonios de Alberto Alzate Giraldo, Guillermo Alzate, Manuel Salvador Tangarife, Pedro Felipe Parra y José Hernández, debe decirse lo siguiente:

1. En el mejor de los casos, esto es, otorgándole mérito y alejando por completo el desfavorable juicio que la misma suscita, su valor podría reducirse a que por fuera de Castañeda Colorado existió otro autor de los hechos: Jair Triana (aunque ignorándose si se trata del fallecido de folios 119, cuyo segundo apellido era Tafur, o al que corresponde la cédula de folio 155, cuyo segundo apellido es Copete, o de otro Jair Triana distinto a estos dos). Y la tesis cobra positiva eficacia cuando se observa el ya transcrito testimonio del sargento (o teniente) Ramiro Heberto Almonacid Gómez, quien enfáticamente asegura que su persecución se centró sobre dos sujetos, los cuales, para imposibilitar la acción de los seguidores, se abrieron en direcciones opuestas.

En definitiva, sólo se logró la aprehensión de uno de ellos: Luis Alfonso Castañeda Colorado.

Nadie puede asegurar que en la delictuosa acción sólo intervino este sentenciado. Los nuevos declarantes, recogidos por iniciativa del recurrente, no pueden determinar que la persona reconocida por ellos (Jair Triana ...) fuera el único que interviniera. Ellos no estuvieron dentro del café en el cual fuera ultimado Rafael Duque Gallego, para precisar la forma como sucedió ese homicidio o para excluir, por fuera del citado Triana, la intervención de otra persona. Es más, no pudieron advertir las características de la persecución que la autoridad y civiles hicieron sobre Castañeda Colorado, pues parece que se limitaron a congregarse, circunstancialmente, esos seis testigos (a la lista debe agregarse Helio Faber Valencia Alvarez, quien se marchó para Venezuela), para ver pasar a su Jair Triana, desentendiéndose por completo de ulteriores resultados y consecuencias.

Tampoco pueden atestiguar que Castañeda Colorado no fue uno de esos autores. Su referencia a este sentenciado es sustancialmente escasa. Dos de ellos apenas le conocen muy a la ligera y no supieron de él esa noche del 9 de mayo de 1975, en Santa Rosa de Cabal.

En estas condiciones, esos declarantes no establecen la inocencia del reo que ha impetrado la revisión de su proceso, ni insinúan siquiera indicio grave al respecto. Sirven, como se dijo atrás, para comprometer la actuación de un Jair Triana, que puede ser el segundo individuo que se le escapara al sargento Ramiro Heberto Almonacid. Por eso, la Sala ordenará que se abra averiguación para establecer fehacientemente quién es el tal Jair Triana, a que se refieren los nuevos declarantes, y si todavía vive que se inicie sumario en contra suya por el homicidio perpetrado en Rafael Duque Gallego.

2. Estas nuevas pruebas que se comentan, tampoco desvirtuaron las manifestaciones que Castañeda Colorado hiciera, momentos después de su captura, a los agentes de policía que actuaron en tal diligencia, o al médico que le atendiera, o al Inspector de Policía de Pereira. Menos refutaron las constancias que obraron en el proceso y se reiteraron —folios 147 y 159 vuelto— en el trámite de la revisión, demostrativas de ser Castañeda Colorado persona familiarizada con los atentados a la vida o a la integridad

personal. En este aspecto sólo vino a desvanecerse la sindicación relacionada con Joaquín Guevara. Pero su capacidad para delinquir en esta órbita, para afrontar situaciones difíciles e intentar con medios violentos la huida, quedó en firme.

Por último, el análisis que se hiciera de la versión del sentenciado, para deducir que esta era forzada, incompatible, confusa, no sufrió la más mínima contraprueba. Castañeda Colorado no pudo presentar una información atendible; sino que asumió una posición indicativa de responsabilidad.

3. Conviene, finalmente, hacer breves anotaciones sobre la calidad de los testimonios ofrecidos como prueba nueva y con la cual se ha pretendido crear, por lo menos, un indicio grave en favor de la inocencia de Castañeda Colorado.

El grupo de testificantes no presenta condiciones aceptables, pues están muy distantes de ser sinceros, precisos y concordantes. Vacilan y se pierden en contradicciones cuando tratan, vanamente, de coincidir.

En efecto, Alberto Alzate afirma que estaba buscando vehículo para marcharse a su finca, en compañía de otros amigos: Guillermo Alzate, Noé Hernández, Manuel Tangarife y Helio Faber Valencia, mencionado este último al cerrar su declaración. Pero, en cuanto a este providencial concurso, los otros no coinciden. Así, Guillermo Alzate afirma que se hallaba con José Noé Hernández (quien a su vez manifiesta que no recuerda, por fuera de Guillermo Alzate, otros compañeros) y su versión es categórica al excluir a Alberto Alzate y a Helio Faber Valencia, de los cuales afirma un conocimiento cierto, y a Tangarife y Parra, a quienes ha oído mencionar.

Guillermo Alzate anota que se encontraba solo *en el café "Las Nieves", muy próximo al establecimiento en donde sucedieron los hechos ("Mi Banquito"), cuando escuchó el disparo y salió a la calle. Pero lo extraño es que José Noé Hernández, tomaba tinto en ese establecimiento ("Las Nieves") con Alberto Alzate y otros, pero no pudo darse cuenta de aquél. Para llevar más confusión a estas circunstancias, Alberto Alzate, cuando debía estar en el café "Las Nieves", buscaba un vehículo en asocio de Guillermo Alzate, José Noé Hernández, Manuel Salvador Tangarife y hasta Helio Faber Valencia.*

De otro lado, Pedro Felipe Parra, quien salió a obtener un remedio y al conseguirlo retornó a su casa, conoce a Alberto Alzate y Guillermo Alzate, pero no los vio en el sitio. Su percepción apenas le alcanzó para distinguir a Jair Triana. Al día siguiente escuchó algo que nadie comentó y que constituye indirecto pero sugestivo afán de favorecer a Castañeda: que el herido capturado no había sido el homicida de Duque Gallego.

Manuel Salvador Tangarife afirma que en ese lugar, para ese día y hora, sólo se hacía acompañar de Alberto Alzate. Ignora a Valencia, Parra y Hernández.

El funcionario comisionado para la práctica de las diligencias ordenadas por esta Sala, tuvo ocasión, en los interrogatorios, de destacar plurales, importantes y notorias contradicciones de los testigos, las mismas que no fueron purgadas en sus respuestas. No es necesario, en este aparte, volver detalladamente sobre ellas.

Conviene, así sea de paso, indicar cómo algunos de estos testigos conocían al occiso (a Hernández, por ejemplo, le había sido sustraído un semoviente vacuno y en ese ilícito se implicó a Rafael Duque Gallego), pero demuestran desconocimiento de la víctima del homicidio ocurrido en el bar "Mi Banquito", el 9 de mayo de 1975. Apenas conocen esta identidad por referencias de terceros, unos pocos el día de los sucesos y los más en fecha subsiguiente. Además, la distancia del lugar de los acontecimientos la fijan algunos en veinticinco o treinta metros, pero otros en diez o quince. Casi todo el grupo de declarantes presentados como prueba nueva, habían visto tiempo atrás y en forma fugaz a Jair Triana, o sabían de su personalidad peligrosa por comentarios. Pero ésto no fue óbice para que todos a una, sin la menor incertidumbre, le reconocieran esa noche y hasta le vieran portar un revólver, aunque José Noé Hernández, que estaba a igual distancia, anota que "al tipo le alcanzamos a ver como un arma en el brazo derecho", cuestión bien inquietante si se recuerda que aquél vestía una ruana y procuraba ocultar su acción.

La indiferencia de estos declarantes es algo conmovedor. Directa o indirectamente conocían a Triana, a Castañeda y a Duque Gallego. Pero, esa noche, no hicieron el más mínimo ademán por cerciorarse de la identidad del occiso, o la de la persona capturada luego de intenso abaleo. Para ellos todo fue suceso intrascendente y ajeno a su propia curiosidad y fisgoneo. Y su cobardía e insensibilidad social es aspecto alarmante. A pe-

sar de conocer el apresamiento de Castañeda Colorado, y saber ellos, como ahora lo aparentan, que Jair Triana había intervenido en esos hechos, nunca intentaron llevar este conocimiento a las autoridades, ni aún por interpuesta persona o por medio de escrito anónimo.

En estas circunstancias queda menos que imposible conmover la solidez de un juicio, con intervención de jurado, y dudar de la justicia de la sentencia condenatoria recaída en Castañeda Colorado, otorgando valor siquiera de indicio grave a esta dudosa clase de testimonios. El fallo conserva plena validez y no hay motivos para vacilar en su mantenimiento.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

NEGAR el recurso de REVISIÓN intentado en favor de Alfonso Castañeda Colorado, quien actualmente purga condena por el delito de homicidio-asesinato en la persona de Rafael Duque Gallego.

Se procurará, por medio de Juez de Instrucción Criminal determinar cuál es el Jair Triana a que se refieren los mencionados testigos y si éste ha fallecido o no. En caso negativo se abrirá el correspondiente sumario, con base en las referidas declaraciones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Pereira, al juzgado de origen, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

(Numeral 1º, inciso 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Es de exigencia técnica en el recurso de casación, por ser de lógica jurídica, que cuando se acude a la violación indirecta de la ley para demostrar errores de hecho y de derecho, es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 43.

Bogotá, D. E., junio 9 de 1978.

Expediente número 24217.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Desata la Córte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 27 de julio de 1977, mediante la cual revocó la del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito para en su lugar condenar a Pablo Alfonso Melo Heredia y a otros como infractores del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, a las penas principales de tres años y seis meses de presidio y multa de seis mil pesos a favor del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud Pública y a las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron resumidos por el señor Procurador de acuerdo con la realidad procesal, en la siguiente forma:

"... El hallazgo de un paquete de marihuana en poder del recluso Leonardo Delgado Campos y la revelación que éste hizo de su procedencia, dieron lugar a una investigación por parte de los guardianes de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad en noviembre de 1974, la que culminó con el decomiso de un paquete de dicha sustancia en la guantera del automóvil marca 'Oldsmovile', modelo 1954, color azul y negro de propiedad del detenido Pablo Alfonso Melo Heredia, vehículo que se encontraba en reparación en los talleres de la cárcel; veintinueve paquetes más de la misma yerba escondidos detrás del tablero de herramientas del mencionado taller ... Por estos hechos fueron vinculados al proceso los detenidos Pablo Alfonso Melo Heredia, dueño del automotor; Carlos Giraldo Posada, latonero; José Antonio Forero Guarín, encargado de la herramienta del taller; Jorge Enrique Archila Cua, latonero; y, Carlos Julio Rodríguez, latonero y pintor, personas éstas encargadas de los trabajos de latonería y pintura del carro del primero de ellos ... Funcionarios de policía judicial que inspeccionaron el vehículo observaron 'que en el baúl, en las partes laterales a la altura de los stops, había señales de soldadura en un semicírculo de unos 15 centímetros de diámetro ...' (folio 99 del expediente), y ya en desarrollo de la investigación fue sometido a inspección (folio 273 ibídem), estableciéndose que presentaba cuatro compartimientos hechos *ex profeso,* al decir de uno de los funcionarios que asistieron a la diligencia, los que contenían semillas que sometidas a la prueba de narcotest arrojaron resultados positivos para marihuana ... Igual resultado dieron las muestras tomadas a los paquetes hallados en la guantera del automóvil y el tablero de herramientas (folios 101 y 232) ...".

Actuación procesal

El Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal inició la investigación correspondiente con auto

cabeza de proceso el día 14 de diciembre de 1974. Perfeccionadas las sumarias, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito calificó su mérito el 16 de mayo de 1975 con un sobreseimiento de carácter temporal para todos los procesados. Al ser recurrida esta determinación por el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó el 25 de septiembre de ese mismo año para comprometer en juicio criminal a los inculpados.

Surtida la etapa de la causa, el juzgado del conocimiento, por sentencia del 29 de diciembre de 1976, absolvió a los implicados. Consultada esta determinación, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó el 27 de julio de 1977 para condenar a todos los enjuiciados con el fallo que es objeto del recurso extraordinario por parte del procesado Pablo Alfonso Melo Heredia.

De la demanda

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación (numeral 1, inciso 2º, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de varias pruebas.

Los cargos son, en el orden propuesto, los siguientes:

1. *Primero.* Error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, "... pues circunstancias referentes a un solo hecho indicador fueron tomadas en la sentencia como una pluralidad de indicios ...".

Al efecto arguye que el fallador violó el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal al tener circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, como constitutivos de una multiplicidad de indicios. Se refiere a la propiedad del carro en cabeza de Melo Heredia, a su envío a los talleres de la Cárcel Modelo para su reparación, al hallazgo de la marihuana en el automotor y a la circunstancia de que en esa labor trabajaron varios mecánicos reclusos, para destacar que todos estos hechos no pueden tenerse como concurrencia de indicios, porque "... el transporte de la marihuana en el carro de mi mandante hasta el interior del establecimiento carcelario y su hallazgo en ese vehículo, son elementos de juicio que tienden a comprobar el cuerpo del delito; el que varios reclusos intervinieran en la reparación del automotor, es elemento de juicio que se esgrime y solamente puede esgrimirse contra esas personas ... No se tiene, por tanto, esa pluralidad de hechos indiciarios por este aspecto, sino el único que cabe desprender: el de que el carro utilizado presuntamente para entrar la marihuana a la Cárcel Modelo es de propiedad de mi mandante ...".

Y, concluye que con ese solo indicio, no necesario, es imposible dictar fallo condenatorio contra Melo Heredia, de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

2. *Segundo.* Error de hecho al tomar como indicio grave una simple sindicación que le aparece en el Juzgado Quince Penal del Circuito por igual delito.

Señala que este hecho no puede considerarse como un indicio grave de responsabilidad, "... Pero ni siquiera la condenación anterior por delito semejante permite desprender, con visos de seriedad, la responsabilidad en un nuevo ilícito, pues ello llevaría a negarle a la pena toda eficacia reeducadora y de contera su misma utilidad, pues con ese modo de razonar se estaría afirmando que quien ha incurrido en infracción penal, necesaria o muy probablemente persistirá en la comisión de igual hecho delictuoso, lo cual no tiene asidero científico y, al contrario, lleva a negar el objetivo de readaptación del delincuente en el tratamiento carcelario ...".

Y, agrega: "... ¿Cómo constituir un indicio de capacidad para el delito con una simple sindicación, si corresponde estimar inocente al acusado, mientras no se le pruebe lo contrario?..".

Termina asegurando que el sentenciador incurrió en manifiesto yerro de hecho violando, por este modo, el artículo 28 del Decreto 1188 de 1974 "... sin que contara el fallador con la plena prueba de la responsabilidad necesaria para condenar ...", de acuerdo con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Tercero. Error de derecho, porque con un solo indicio, sin que constituya presunción legal no desvirtuada ni indicio necesario, da por plenamente probada la responsabilidad del procesado.

Dice que los actos concernientes a la llevada del carro al penal, que allí se le hicieron reparaciones y que Melo Heredia es su dueño "... son, como se anotó, un solo indicio ..." y que el traído como capacidad para delinquir, es una suposición de prueba, pues no se ve su relación con la responsabilidad que se le dedujo al acusado, "... Como consecuencia, no queda sino el referido hecho de ser el señor Melo Heredia el pro-

pietario del automotor, empleado en la actividad ilícita ...".

Con base en ese solo indicio no puede condenarse a su patrocinado porque resultan infringidos los artículos 230 y 215 del Código de Procedimiento Penal y, consecuencialmente, el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Cuarto. Error de hecho, al no tomar en cuenta, en su alcance probatorio, el contraindicio constituido por el hecho de que el procesado no estaba detenido en la Cárcel Modelo donde ocurrió el ilícito, sino en la Picota.

Observa que no existe prueba alguna que demuestre que Melo Heredia estuviese de acuerdo con los reclusos de la Modelo para la ejecución del delito.

De aquí que precise: "... Si quienes realizaron el referido tráfico de estupefacientes dentro de la Cárcel Modelo aprovecharon la entrada del vehículo referido para llevar la marihuana a ese establecimiento carcelario y allí se cumplió distribución de la yerba, es cuestión en la que resulta ajeno el señor Melo Heredia, puesto que, ni siquiera, se encontraba en la Cárcel Modelo para la época en que tales hechos tuvieron ocurrencia ...".

Asevera que este error condujo a que "... se mantuviera la supuesta prueba indiciaria ..." para condenar con violación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y 38 del Decreto 1188 de 1974.

El Ministerio Público

Encuentra que los cargos formulados contra la sentencia prosperan en su totalidad. Las razones que da, las consigna de la siguiente manera:

Primero. "... el envío del vehículo a los talleres de la Cárcel Modelo, las reparaciones a que fue sometido por parte de los demás procesados y el hallazgo de la marihuana en su interior, no llevan a demostrar sino un solo indicio: la propiedad del automotor dentro del cual fueron halladas muestras de marihuana... En otras palabras: las circunstancias reseñadas, así se consideren aisladas o conjuntamente, sólo conducen a establecer que el recurrente Melo Heredia era el dueño del carro en cuyo interior se encontraron muestras de estupefaciente ...".

Y, precisa: "... Constituyen, entonces, error del sentenciador apreciar como graves indicios circunstancias referentes a un solo hecho contra expresa prohibición del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, yerro que lo condujo a infringir el artículo 215 de la misma obra y aplicar de modo indebido el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 que describe y sanciona el delito por el cual fue condenado el recurrente ...".

Segundo. "... la simple sindicación de un delito, así sea de la misma especie del que se pretende demostrar, no constituye indicio grave de capacidad para delinquir por cuanto la sola imputación, por sí sola, no prueba la aptitud de una persona para cometer otros delitos, toda vez que la experiencia enseña, como lo advierte el censor, que un mínimo porcentaje de sindicados resultan declarados responsables ...".

Tercero. "... El único indicio de responsabilidad lo constituye el hecho de que el acusado Melo Heredia era el propietario del vehículo en el que fueron halladas las muestras de marihuana. Pero este hecho indicador, por sí solo, no produce certeza por cuanto la relación de causalidad entre él y el hecho averiguado (delito o responsabilidad) no es necesaria sino contingente ...".

Y, remata: "... Como quiera que el sentenciador asignó valor de plena prueba a un hecho que no tiene el carácter de indicio necesario o presunción legal no desvirtuada, incurrió en yerro evidente en la valoración de este medio de convicción y de esta manera infringió el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, y desconoció el 215 de la misma obra, equivocación con trascendencia en la sentencia impugnada al aplicar de modo indebido el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes ...".

Cuarto. "... si la presencia del inculpado en el lugar de los hechos ha sido tenida como indicio de oportunidad para delinquir, su ausencia debe ser considerada como contraindicio o indicio de inculpabilidad o inocencia ...".

Y, concreta: "... También aquí el fallador distorsionó el sentido de la prueba al negarle a un hecho debidamente establecido (contraindicio) el valor exculpatorio que tiene, yerro que lo llevó a quebrantar las normas sustanciales tantas veces mencionadas ...".

La Corte considera

El recurrente censura la sentencia por el cuerpo segundo de la causal primera de casación (numeral 1, inciso 2º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Es decir, por violación indirecta de la ley sustancial (artículo 38 del Decreto 1188 de 1974) que aplicó en forma in-

debida al incurrir el Tribunal en manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas (artículos 229, 230, 231, 234, 235 y 215 del Código de Procedimiento Penal).

Para edificar el ataque se fundamenta exclusivamente *en el siguiente texto del cuestionado fallo:*

"... Si la marihuana fue introducida a la Cárcel Modelo en el automóvil de Pablo Alfonso Melo, no es ilógico deducirle participación en la comisión del delito, por el hecho de que para la época de los hechos estuviere detenido en La Picota. El incriminado Melo acepta en su indagatoria que el vehículo es de su propiedad y que lo llevó por orden suya Edgar Oswaldo López Forero, con el fin de someterlo a reparación. Aunque Melo asegura ignorancia respecto del hallazgo de la marihuana y afirma que se trata de una confabulación en su contra, el hecho cierto, indiscutible y plenamente demostrado, es el hallazgo dentro del vehículo de la marihuana, como se comprobó por la inspección judicial y la prueba técnica del vehículo en la misma diligencia y posteriormente por el examen del laboratorio de toxicología del Instituto de Medicina Legal. Por tanto, existe una relación directa entre la propiedad del carro, su envío a los talleres de la cárcel, el arreglo a que fue sometido por parte de los sindicados Giraldo, Rodríguez, Archila y Forero, el hallazgo de la marihuana dentro del automóvil y el decomiso de la misma hierba en los talleres de la herramienta, son indicios graves relacionados a otro, por el de la capacidad para delinquir, por tener un proceso por igual ilícito en el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá ...".

De allí deduce cuatro cargos, así:

Error de derecho por haber tomado todos los hechos relacionados en el aparte del referido fallo que se dejó transcrito como una pluralidad de indicios graves, cuando en realidad, dice el actor, no constituyen sino un solo indicio: el haberse hallado la marihuana en el carro de propiedad del acusado.

Error de hecho al tener como indicio grave de capacidad para delinquir una simple sindicación por un delito semejante.

Error de derecho por haberle dado al hecho de que el procesado era el propietario del vehículo donde fue transportada la marihuana valor de plena prueba de su responsabilidad.

Y, por último, error de hecho al no considerar que cuando se cometió el delito en la Cárcel Modelo, el acusado se encontraba detenido en otra cárcel (Picota). Esto es, por no haber estimado esta circunstancia como un contraindicio o factor de inocencia.

Ni el impugnante ni el Ministerio Público que apoya la demanda cayeron en cuenta que el párrafo citado es un texto aislado de la sentencia y que los hechos en él expresados no son los únicos que señalan a Melo Heredia como uno de los autores del ilícito. Ese párrafo se integra con el resto del fallo para constituir una totalidad jurídica demostrativa de los indicios que establecen la plena responsabilidad de los inculpados y, por ende, del propio recurrente. De suerte que resulta desacertado pretender que allí se encuentran los únicos basamentos probatorios determinantes de la condenación de Melo Heredia.

Con el fin de probar este aserto se podrían hacer largas transcripciones de varias partes de la sentencia. Empero, lo fundamental para el caso, es indicar los hechos a que ellas se refieren y que dejó por fuera de su crítica el censor. En efecto, se precisan por el Tribunal y por su Fiscal colaborador, cuyas consideraciones aquél transcribe y comparte "... teniendo en cuenta que son fiel reflejo de la realidad procesal ...".

1. Las explicaciones mendaces de Melo Heredia, pues "... no se ha comprobado la odiosidad de las autoridades para incriminarlo por hechos no cometidos ...".

2. "... el automóvil de Melo, no fue sometido a las reparaciones ni arreglos *aducidos por él...".*

3. "... se aparentó una reparación al automóvil de propiedad de Melo ...".

4. Se habían "... adecuado convenientemente sitios recónditos del mismo automotor para esconder la yerba ..." e introducirla a la cárcel.

5. Poco antes de la comisión del delito el procesado estaba detenido en la Cárcel Modelo, de donde fue trasladado a La Picota.

6. El acusado solicitó "... insistentemente al Jefe de Taller de la Modelo para que su automóvil fuera inmediata y directamente entregado a Giraldo Posada, a quien conocía anteriormente ...", latonero recluso que también quedó condenado en este proceso.

7. "... Melo Heredia es una persona dedicada al comercio ilícito de estupefacientes ...", como lo declara Leyty Jaramillo López.

Estos hechos sumados a los que rechaza el actor, conforman en conjunto los elementos de juicio que le permitieron al Tribunal concluir:

"... Entonces se deben valorar las anteriores pruebas como suficientes para crear la certeza en el juzgador de que cada uno de los incriminados es responsable penalmente del delito descrito en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Los procesados son responsables en calidad de coautores del delito de tráfico de marihuana, la que también era suministrada a los reclusos de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad. Las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal están plenamente satisfechas y se debe dictar sentencia condenatoria para cada uno de los procesados, revocando la absolutoria proferida en primer grado, como lo demanda con toda razón el señor Agente del Ministerio Público ...".

En consecuencia, no cabe duda que los cargos fueron formulados por el demandante bajo el presupuesto de que Melo Heredia fue condenado por el sólo hecho de ser el propietario del vehículo en el que se introdujo la marihuana a la Cárcel Modelo y tener una sindicación, por delito igual, en el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá. Al ser esto evidente, se pone de resalto que se dejaron incólumes una serie de hechos indiciarios que no fueron atacados por el recurrente.

Es de exigencia técnica en el recurso de casación, por ser de lógica jurídica, que cuando se acude a la violación indirecta de la ley para demostrar errores de hecho y de derecho, es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal, porque, de lo contrario, basta que persista un solo fundamento con suficiente contundencia para que el fallo impugnado subsista. Y, desde luego, más se destaca esta exigencia con la prueba indiciaria, cuando no existe indicio necesario o presunción legal no desvirtuada, porque, en ese evento, el complejo probatorio se encuentra tan estrechamente ligado que la destrucción de un indicio obliga, por modo ineludible, a que se destruyan los restantes que le dan vida y consistencia a su fuerza incriminatoria.

De aquí que la Corte haya dicho:

"... no es de recibo tampoco en casación ni en derecho probatorio tomar aisladamente cada uno de los elementos de convicción que sumados conforman el juicio de certeza con que finaliza la sentencia y examinarlos separadamente, como valores autónomos, sin ninguna concatenación entre sí ni con el conjunto del cual forman parte y concluir que, así, separadamente, ninguno de ellos sustenta, por sí mismo, la totalidad del raciocinio final del juzgador ... Lo anterior, sin perjuicio de que uno cualquiera de los medios probatorios se ofrezca por tal modo claro y concluso y por sí mismo convincente, que haga inútil confrontarlo, o yuxtaponerlo a otros... Cuando ésta no es la hipótesis sostenida por el sentenciador que, contrariamente, deriva su convicción racional de un número plural de pruebas y consecuentemente advierte que sus conclusiones son el resultado de un conjunto concatenado de juicios, el recurrente, si ha de tener éxito en la censura, deberá demostrar cómo el raciocinio judicial no merece confianza, porque sus argumentos sumados ofrecen un resultado manifiestamente contrario al deducido por el juzgador, o porque a dicha conclusión llegó el sentenciador asignando a las pruebas en conjunto o separadamente un valor probatorio no autorizado legalmente ..." (casación penal, 26 de marzo de 1973).

Esto significa que el recurrente no es libre de cuestionar y parcelar a su arbitrio el acervo probatorio, como lo hizo el demandante, actitud ilógica que hace inepta la censura.

Los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria del veintisiete de julio 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.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

En la violación indirecta no basta señalar las pruebas sobre las cuales recae el error de hecho o de derecho, sino que es menester indicar la clase de pruebas de que se trata y las normas probatorias conculcadas

Consonancia del auto de proceder con la sentencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 23963.

Aprobado: Acta número 43.

Bogotá, D. E., junio 9 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Conoce la Corte, en sede de casación, de la sentencia de segunda instancia proferida el trece de junio del año pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la del trece de abril del Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot que condenó a Iván Morón Velásquez y otros por los delitos de *robo* y *lesiones personales,* reformándola en el sentido de aumentarles la pena a *cinco años ocho meses de presidio,* y de imponerles la pérdida de la patria potestad, dejando subsistentes las demás determinaciones de la primera instancia.

Hechos

Quedaron resumidos en el fallo impugnado de la siguiente manera:

"... El día cuatro de marzo del año pasado, a eso de las ocho y media de la noche, el señor José Guillermo Eslava Conde se dirigía a la joyería de su propiedad denominada 'Gran Prix', ubicada en la calle 14 Nº 10-19 de Girardot, cuando intempestivamente fue sorprendido por tres (sic) individuos que se movilizaban en un carro campero Gaz de color gris, quienes en forma violenta y amenazándolo con cuchillos, lo obligaron a abrir la joyería y una vez allí lo subieron al mezzanine del establecimiento, en donde lo ataron de pies y manos a una silla, le colocaron un lazo o cordel en la garganta con el cual le ocasionaron traumatismos en el cuello y le rociaron maizena por los ojos a efecto de impedirle la visibilidad. Imposibilitado así para obrar el ofendido, los fascinerosos tomaron rápidamente de la joyería una buena cantidad de joyas y elementos de los que allí se encontraban, consistentes en relojes, pulsos, cadenas, una balanza para pesar oro y una grabadora y luego emprendieron la retirada. Los dos individuos que se apoderaron de tales bienes salieron a pie, mientras un tercero arrancó apresuradamente el vehículo campero que a prudencial distancia permaneció parqueado mientras se consumaba el robo, marchándose inclusive en contravía ... Poco después el señor Eslava Conde logró salir a la calle y pedir auxilio, siendo así como pudieron captar la dirección que tomó el vehículo en que huía uno de los antisociales y posteriormente se encomendó la misión de seguimiento a la policía de Girardot, gracias a cuya intervención, momentos después se logró aprehender al conductor del campero marca Gaz, quien dijo llamarse René Galindo García. Por las informaciones que éste suministró y por cuanto dentro del auto la policía halló una chompa que contenía los documentos de identificación de los sujetos Iván Morón Velásquez y Orlando Martínez Salamanca, se estableció la identidad de los otros dos atracadores, así como que ellos viajaban hacia esta ciudad en una flota. En esa forma la policía

montó un operativo en todos los retenes, siendo así como en un bus de Coomotor que hacía línea de Neiva-Bogotá, se aprehendió a quien dijo llamarse Orlando Martínez Salamanca, entre otras razones, porque en su cuerpo presentaba huellas de harina o maizena, esto es, del producto que se empleó para enceguecer al joyero Eslava Conde. Una vez que éste fue aprehendido se obtuvo la información de su parte respecto a que el tercer sujeto viajaba en el mismo bus, siendo necesario continuar el seguimiento y al ser alcanzado en la población de Melgar, se constató que allí viajaba Iván Morón Velásquez, quien portaba una tula o bolsa dentro de la cual llevaba todos y cada uno de los elementos que fueron sustraídos de la joyería Gran Prix en las circunstancias ya anotadas ...".

Actuación Procesal

El Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Criminal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso el 8 de marzo de 1976 y que profirió después de breve diligenciamiento auto de detención por el ilícito de robo contra los procesados Orlando Martínez Salamanca, Edgar René Galindo García e Iván Morón Velásquez el 15 de marzo del mismo año.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, vencido el término de instrucción, declaró cerrada la investigación. Fue así como por auto del 18 de agosto siguiente calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio criminal a los mentados procesados por robo y lesiones personales, providencia que por no haber sido recurrida quedó ejecutoriada en el juzgado. Tramitada la causa dictó sentencia condenatoria contra todos los enjuiciados el 13 de abril de 1967.

Al ser consultado ese fallo, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó con las reformas anteriormente aludidas. Pronunciamiento que es objeto del presente recurso extraordinario interpuesto por el procesado Iván Morón Velásquez y sustentado en debida forma por su defensora.

La demanda

Se proponen la causal primera y segunda de casación (numerales 1 y 2 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), ya que la "... sentencia se dictó por parte del honorable Tribunal Superior de Bogotá violando indirectamente la ley, pues ignoró la existencia de una prueba, y por otra parte dictó el fallo en completa desarmonía con el auto de proceder ...". Explica y sustenta los cargos que formula al amparo de estas causales así:

Causal primera. Afirma que el fallador violó indirectamente la ley porque "... *ignoró la existencia de la indemnización hecha por mi defendido Iván Morón Velásquez antes de la sentencia de primera instancia.* Pues dentro del proceso existe la prueba de la consignación que por la suma de *tres mil pesos* se hizo en nombre de mi defendido, por mandato expreso de él, como consecuencia del arrepentimiento de su actividad ilícita ...". Y, aduce que si no se hubiera ignorado esa prueba su representado estaría hoy gozando de libertad por pena cumplida, pues era acreedor a una rebaja de la sexta parte a la mitad de conformidad con el artículo 429 del Código Penal, norma que se dejó de aplicar por tal motivo.

Causal segunda. Acusa la sentencia por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pronunciamiento que alcanzó su ejecutoria legal en el juzgado del conocimiento y en el que sólo se agravó el delito de robo con las circunstancias específicas de los artículos 398 y 399 del Código Penal, no obstante lo cual el Tribunal sorprendió a su defendido aplicándole las agravantes 1 y 4 del artículo 404 del mismo estatuto, hoy artículo 9º de la Ley 21 de 1973.

Señala que en el auto enjuiciatorio únicamente se precisaron como agravantes la cuantía, la ejecución del hecho en las horas de la noche y la circunstancia de ser tres los procesados (artículos 398 y 399 del Código Penal); y demuestra que en el fallo de segunda instancia se tuvieron en cuenta el uso de armas y el hecho de haber maniatado y amordazado a las personas (numerales 1 y 4 del artículo 404), situaciones no imputadas en el pliego de cargos.

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se limitó a responder el cargo formulado al amparo de la causal segunda, porque "merece aceptación". En efecto, dice:

"... Razón tiene la impugnante al protestar beligerantemente por haber variado el *ad quem* la situación jurídica de Morón Velásquez en el fallo protestado, pues qué diferente es la en éste reconocida, a aquella que lo fue en el calificatorio del sumario. Si el delito tipo imputable al recurrente es el descrito abstractamente por el

artículo 402 del Código Penal, con la modificación introducida por la Ley 21 de 1973 en su artículo 8º, bien puede decirse que con las circunstancias agravantes que a él se le anexaron en el encausatorio y en el fallo de segunda instancia, dos versiones diferentes de dicho delito se editaban, conocida la primera por el inculpado y su defensor para antes del juzgamiento, ignorada la última por ellos, porque a espaldas se redactó y se le dio vigencia. Es decir, que el equilibrio reinante para el momento en que se juzgó a Morón, lo rompió ilegalmente el último sentenciador, actuando con censurable desventaja. No podía, bajo ninguna razón, traerse a cuenta en la sentencia circunstancia agravante distinta a la militante en el enjuiciatorio, así estuviere, como lo está, demostrada en el sumario, mas no colocada dentro de dicha providencia, e integrando al delito tipo ...".

La Corte considera

Los dos cargos que a la sentencia hace la demandante con base en las causales primera y segunda de casación, tienen, de prosperar, *la misma extensión*, porque ambos inciden en la tasación de la pena y porque correspondería a la Corte enmendar el error sustituyendo, en lo pertinente, al fallador de segunda instancia. Por fuerza de este concepto se procede a estudiarlos en el orden de presentación propuesto en el libelo.

Cargo primero. Se ataca el fallo al amparo del cuerpo segundo de la causal primera en virtud de que es violatorio, en forma indirecta, de la ley sustancial por falta de aplicación, a causa de un error de hecho consistente en haber desconocido la existencia de una prueba fundamental para la dosificación de la pena.

No obstante, la censura carece de técnica en su desarrollo, pues en la violación indirecta no basta señalar las pruebas sobre las cuales recae el error de hecho o de derecho, sino que es menester indicar la clase de pruebas de que se trata y las normas probatorias conculcadas, como factores integrantes de la violación, medio que conduce a la violación final de una norma sustancial. Y, ésto es, precisamente, lo que omitió la actora, quien sólo se refirió a una consignación, pero no a ella como medio de prueba legal según determinado artículo de la ley de procedimiento, que es la manera de fundar la violación previa que busca demostrar este tipo de impugnación y sin la cual no existe proposición jurídica completa.

Además, dejó trunco el alcance de esa pretendida violación indirecta, al afirmar la falta de aplicación del artículo 429 del Código Penal, que se refiere a la rebaja de pena cuando el responsable indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan ocasionado, porque si el juzgador ignoró esa norma por haber igualmente ignorado la prueba correspondiente, el quebranto aducido no se produjo per se *por no haber aplicado esa disposición sino por haber impuesto la pena del artículo 404 del Código Penal en armonía con el 9º de la Ley 21 de 1973. Lo que significa que la impugnación quedó también incompleta por este aspecto, puesto que se omitió demostrar el efecto pernicioso de la falta de aplicación alegada sobre estas disposiciones que determinaron la parte resolutiva del fallo.*

Pero, lo que más destaca la inocuidad de la objeción, es el planteamiento de un error de hecho que no se ha cometido. La Corte ha dicho que la sentencia de primera instancia conforma con la de segunda una unidad jurídica por los aspectos en que ambas coinciden de manera explícita o tácita. Entonces, si la que aquí se cuestiona reformó la pena principal y las accesorias, no cabe predicar que las pruebas no mencionadas en ella sobre estos puntos fueron omitidas, pues implícitamente quedaron incorporadas al fallo definitivo con el alcance que les dio el a quo. *Si esto es indiscutible, tiénese que la consignación fue estudiada y analizada en la sentencia del Juez Primero Penal del Circuito de Girardot, es decir, que no la ignoró; si tal situación no la discutió el Tribunal, fue porque simplemente la compartió. De donde se deduce que la demandante debió de proponer una posible violación directa de la ley.*

Las deficiencias anotadas hacen sustancialmente inepto el cargo.

No prospera.

Cargo segundo. Se acusa la sentencia del Tribunal porque en concepto de la demandante se da el motivo primero de la causal segunda de casación en razón de que no resulta consonante con el auto de proceder, ya que en él se comprometió a su patrocinado por el delito de robo simple con las agravantes previstas en los artículos 398 y 399 del Código Penal, mientras que en el fallo impugnado se le condenó sorpresivamente por el de robo calificado, pues se le computaron circunstancias contempladas en el artículo 404 del Código Penal.

Efectivamente: en el auto de proceder sólo se tuvieron en cuenta como agravantes del robo la

ejecución nocturna del hecho, la participación de tres o más personas y la cuantía (numerales 4 y 5 de los artículos 398 y 399, respectivamente). No habiéndose producido en el juicio prueba alguna el juez de primera instancia condenó conforme a ese pliego de cargos. Consultado dicho pronunciamiento ante el Tribunal, éste resolvió confirmarlo incrementando la pena impuesta con fundamento en que concurrían las calificantes del robo por el uso de armas y el amordazamiento de personas (numerales 1 y 4 del artículo 404 del Código Penal).

No cabe duda alguna que la censura responde a la realidad procesal, pues el fallador de segunda instancia, por acción, incurrió en incongruencia relativa de carácter sustancial al dictar sentencia en desacuerdo con el pliego de cargos, por haber computado contra el procesado circunstancias específicas de agravación que en forma expresa no se le imputaron allí, ni se probaron en la causa.

Justamente la causal segunda tiende a mantener la estructura jurídica del proceso dentro de una armonía conceptual rígida, para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa y para evitar que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas, no previstas en el auto enjuiciatorio o no comprendidas por el veredicto del jurado.

Si en este caso, como queda demostrado, el Tribunal quebrantó las reglas básicas del juzgamiento y, por este modo, rompió la lealtad procesal que le imponen la Constitución y la Ley, su decisión debe ser invalidada en lo pertinente.

El cargo prospera.

En consecuencia, se casará la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sólo en cuanto al procesado Iván Morón Velásquez, para dejar como pena definitiva a éste la que le fuera impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, por hallarse ajustada a derecho.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, 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 para *señalar* al procesado Iván Morón Velásquez la pena principal de *cuatro años* y *seis meses de prisión* como autor de los delitos de *robo* y *lesiones personales* y la accesoria de *suspensión* de la patria potestad, si la tuviere, en lugar de las impuestas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

NULIDADES

En cuanto a la identidad del ofendido, el lugar de los hechos y a la época de los mismos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 43 de junio 9 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 9 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Se desata el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia de tres de marzo del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual, por los delitos de "falsedad en documentos y abuso de confianza", se condenó a José Gilberto Andrade Castaño (absuelto en primera instancia) y Esther Julia Carvajal de Alvarez, a dos años, seis meses y diez días de presidio, cada uno, así como a las penas accesorias pertinentes.

En auto de ocho de noviembre del año en referencia, se declararon ajustadas a los requisitos formales señalados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, las demandas presentadas en favor de los mencionados reos.

De los hechos

Conviene reproducir lo que a este respecto escribió el Tribunal en el aludido fallo:

"... Esther Julia Carvajal de Alvarez y José Gilberto Andrade Castaño fueron llamados a responder en juicio en auto de veintiocho de enero del año pasado por los delitos de falsedad en instrumentos negociables y abuso de confianza, como autora de éstos la primera de las nombradas y el segundo como cómplice necesario de los mismos pero en cuantía de $ 114.720.00, de los $ 548.217.61, acreditados en contra de aquélla.

"Respecto a los hechos delictuosos se ha comprobado que Esther Julia Carvajal de Alvarez en su condición de empleada de la Caja de Compensación de Acopi del Tolima, con funciones de Secretaria-Tesorera, produjo un faltante en la Caja a su cargo por los conceptos y cuantías siguientes:

"a) Faltante en Caja comprobado por medio de arqueo, $ 92.959.54;

"b) Subsidios girados a favor de trabajadores de empresas, no pagados y cobrados en parte directamente por la señora Esther Julia Carvajal de Alvarez y en parte cobrados por intermedio de Cuenta Corriente número 70-01-77 del Banco del Comercio Agencia Cuarta de Ibagué, discriminadas las cuantías por años como sigue: subsidios correspondientes al año de 1971, $ 14.000.00; subsidios correspondientes al año de 1972, $ 76.880.00, y, subsidios correspondientes al año de 1973, $ 23.840.00, para un total, por este concepto, de $ 114.720.00;

"c) Aportes patronales recibidos por la señora Esther Julia Carvajal de Alvarez con recibos de numeración doble y que por lo tanto no ingresaron a los fondos de la Caja de Compensación, ni a la contabilidad de la misma, $ 340.538.07. Lo que arroja un gran faltante de $ 548.217.61, moneda corriente.

"A este faltante comprobado mediante arqueo por el Revisor Fiscal de la entidad, señor Teodoro Ospina, se le deduce la suma de $ 16.465.79, que en instalamentos fue reintegrada por la procesada Carvajal de Alvarez entre el 2 de julio de 1973 y el 10 de agosto del mismo año. La cual al restarse de aquella mayor da un resultado en contra de ésta por valor de $ 531.751.82.

"Además, la investigación obtuvo del Banco del Comercio la devolución de 193 cheques gira-

dos por la Caja de Compensación de Acopi del Tolima a múltiples beneficiarios, los cuales fueron pagados mediante consignación en la Cuenta Corriente número 70-01-77 abierta por la señora Blanca Cecilia Rodríguez de Andrade y sobre la cual estaba autorizado para girar el señor Gilberto Andrade Castaño a partir del 3 de agosto de 1971, según constancia del Banco que obra al folio 58 del cuaderno principal.

"Los cheques devueltos por el Banco, ya cancelados, el acta de arqueo respectiva y las declaraciones del Director Administrativo de Acopi, del Revisor Fiscal, Teodoro Ospina, de la Contadora Encargada, Luz Mary Ortegón, de Alvaro Delgado y Cecilia Acero de Córdoba, estos dos últimos también empleados de Acopi y la de Gilberto Andrade Castaño, y los dictámenes grafológicos practicados por expertos del Laboratorio de Medicina Legal de Bogotá, demuestran plenamente el cuerpo del delito. Y los mismos medios probatorios más la aceptación del faltante hecho por parte de Esther Julia Carvajal de Alvarez, a quienes practicaron el arqueo y revisión contable, como las restituciones parciales de una pequeña cantidad del mismo hechas por ella misma, y su alejamiento voluntario y definitivo de la ciudad, conducen sin duda a la demostración de la segunda de aquellas, es decir, de la responsabilidad de los procesados.

"En efecto, sobre la responsabilidad de los procesados, hay que precisar que Esther Julia Carvajal fue empleada de manejo, de la entidad defraudada por muchos años y que a partir del año de 1971 tomó abusivamente dineros de propiedad de su empleador, utilizando para ello varios sistemas o métodos consistentes en el recibo de dineros de los afiliados sin darles la entrada correspondiente, pero expidiendo los recibos respectivos, para lo cual usaba doble talonario con numeración igual a los originales o legítimos; suponiendo nombres de trabajadores inexistentes o reales, a los cuales giraba cheques por concepto de subsidios, que endosaba algunas veces de su puño y letra, fingiendo la firma de aquellos beneficiarios, otras quien lo hacía era Gilberto Andrade Castaño, y luego éste, Andrade Castaño, los cobraba por consignación en su Cuenta Corriente número 70-01-77 del Banco del Comercio, obteniendo así como provecho personal el valor estipulado en esos cheques ... De tal suerte que para llegar a ese resultado ilícito la empleada Esther Julia Carvajal de Alvarez y Gilberto Andrade Castaño tenían que falsear la verdad del instrumento negociable firmándolos, unas veces el uno y otras veces el otro, sin ser ellos los beneficiarios, y así endosados, eran firmados por Andrade Castaño para consignarlo al cobro en su cuenta corriente; además, la procesada Carvajal de Alvarez abusaba de la confianza de la entidad que la empleaba al apropiarse de los dineros que los afiliados le entregaban para aquella y que ella estaba en la obligación de depositar, vigilar y cuidar, expidiendo para cubrir su maniobra recibos de talonarios mandados a elaborar por su cuenta con igual numeración a los de la oficina.

"La procesada Esther Julia Carvajal de Alvarez, quien restituyó una ínfima parte del faltante vino así a reconocer materialmente que era responsable del faltante, cosa que ya, según el testimonio del Director de Acopi, del Revisor Fiscal y otros empleados de la misma oficina, ella, verbalmente había aceptado a su cargo cuando por medio de arqueo se vino a descubrir y concretar, y, posteriormente, a esos dos hechos, se fue a escondidas de la ciudad sin que hasta la fecha se sepa de su paradero, lo cual constituye con el dictamen grafológico, que no es prueba concluyente y definitiva sobre la autoría de la falsedad o suplantación de las firmas de los beneficiarios de los cheques, un acervo probatorio que convence suficientemente sobre su responsabilidad en la comisión de los delitos continuados de falsedad y abuso de confianza, en cuantía de $ 548.217.61.

"En cuanto al procesado Gilberto Andrade es significativo que durante dos años largos y en 193 cheques que obran al proceso aparezca como endosante por consignación de cheques que le entregaba Esther Julia Carvajal, y en un número apreciable se determine en el dictamen grafológico que las firmas que suponen las de los beneficiarios fueran puestas de su puño y letra, deformando su propia grafía para simular la de esa otra persona. Lo cual lógicamente pone de presente su conocimiento de la falsedad y también de la apropiación que por este medio buscaba y obtenía aquella procesada, haciéndose así responsable de los delitos de falsedad y abuso de confianza en cuantía igual a la que el arqueo arroja como fraude en los subsidios, es decir, la de $ 114.720. Ya que sobre su complicidad en las otras sumas apropiadas por la empleada responsable, o sea, las de $ 92.959.54 faltante en Caja, y la de $ 340.538.07, aportes patronales recibidos por Esther Julia Carvajal de Alvarez, el proceso no arroja prueba de que hubiera participado en algún grado en el desarrollo delictuoso puesto en marcha por ésta para obtener estas otras apropiaciones ilícitas. Por ello su encausamiento será modificado en el sentido de que la cuantía es di-

ferente a la imputada a aquella procesada y su participación en los delitos de falsedad y abuso de confianza en su condición de cómplice necesario se limita también a la de los cheques cobrados, bien endosándolos Esther Julia Carvajal de Alvarez o él mismo, como también aquellos que fueron cobrados por consignación en su cuenta corriente y en los cuales aparece su firma para ese efecto, y que no fue posible por los grafólogos precisar quién de ellos dos fue quien firmó por los beneficiarios, o si fue una tercera persona, pues, el sistema seguido por los procesados es el mismo para el cobro de todos los cheques recibidos por Esther Julia de los afiliados, no se prueba por parte alguna ...".

Actuación procesal

La sintetiza así el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"... El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, dictó el auto cabeza de proceso, con fundamento en la denuncia formulada, e inició la investigación de los presuntos delitos cometidos.

"A través de Juez de Instrucción comisionado se practicó la prueba decretada. Se oyó en declaración juramentada a varias personas y se le recibió indagatoria a José Gilberto Andrade Castaño. Igualmente se practicó diligencia de inspección judicial a la Caja de Compensación Familiar de Acopia del Tolima, como también por conducto del Laboratorio de Grafología del Instituto de Medicina Legal, se realizó dictamen grafológico para constatar a quién pertenecían las firmas colocadas sobre algunos títulos valores incorporados al expediente, las cuales presuntamente aparecen suplantadas.

"Por cuanto la sindicada Esther Julia Carvajal de Alvarez no pudo ser localizada para vincularla al proceso, se le emplazó y luego fue declarada reo ausente, nombrándosele apoderado que la asistiera en el proceso.

"Declarada la clausura de la investigación y oído el señor Agente del Ministerio Público, se calificó el mérito del sumario con providencia interlocutoria que ordenó:

" '*Llamar a responder*' en juicio criminal y por el procedimiento ordinario, pero sin intervención de jurado, a Esther Julia Carvajal de Alvarez, *sin más datos conocidos*, pero identificada con la cédula de ciudadanía Nº 20131282 de Bogotá, como *responsable* de los delitos continuados de *falsedad en instrumentos negociables y abuso de confianza* en la cuantía de quinientos cuarenta y ocho mil doscientos diecisiete pesos sesenta y un centavos, cometidos durante los años de mil novecientos setenta y uno, mil novecientos setenta y dos y mil novecientos setenta y tres, en los intereses de la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima, y en las demás circunstancias de que habla la parte motiva de esta providencia.

"*Llamar a responder* en juicio criminal y por el procedimiento ordinario, pero sin intervención del jurado a José Gilberto Andrade Castaño con cédula de ciudadanía número 17007613 de Bogotá, hijo de Juan Evangelista y Carmen, natural de Quimbaya (Quindío), de treinta y seis años de edad, casado con Blanca Cecilia Rodríguez, alfabeta, como responsable de los delitos de *falsedad en instrumentos negociables y abuso de confianza,* cometidos durante los años de mil novecientos setenta y uno, mil novecientos setenta y dos y mil novecientos setenta y tres, en esta ciudad, y en los intereses de la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima.

"*Ordenar la detención* de Esther Julia Carvajal de Alvarez y José Gilberto Andrade Castaño en la cárcel de esta ciudad, para que estén presentes en el juicio. En consecuencia, líbrense las órdenes de captura incluyendo los datos que arroje el expediente, para que éste sea más fácil.

"En el momento de notificárseles este auto a los enjuiciados, debe advertírseles el derecho que tienen de nombrar un defensor para el juicio, y que si por cualquier motivo no lo hicieren, este juzgado oficiosamente los designará".

"Cópiese, notifíquese y cúmplase" (folios 315 y 316).

"Protestado el vocatorio a juicio, de él conoce el honorable Tribunal Superior, entidad que le imparte confirmación, modificándolo en el sentido de colocar al procesado Gilberto Andrade Castaño en el grado de cómplice necesario en cuantía de ciento catorce mil setecientos veinte pesos".

Rituada la causa con el lleno de sus formalidades y practicadas las pruebas que fueron pedidas, se dio término con los fallos aludidos anteriormente.

De las demandas de casación

El abogado de José Gilberto Andrade Castaño, formula un único cargo, vale decir, "violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las prue-

bas''. Tiene por indebidamente aplicados los artículos 19, 32, 231, 233 y 412 del Código Penal y por inaplicado el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Y en cuanto a los errores de apreciación de la prueba, ubica éstos en el valor que el Tribunal diera al dictamen grafológico que aparece a folios 281-283, adicionado a folios 288-293. Textualmente anota: ''... Si en la sentencia se habló de modificar el 'encausamiento', ese solo hecho nos da a entender que se apreció erróneamente el dictamen pericial de grafología, para condenar, de la misma manera que se había apreciado para encausar, sin hacer distinción de las jerarquías conceptuales que se deben respetar para uno u otro caso. Porque no puede ser lo mismo encausar que sentenciar. Cobra mayor fuerza el error de hecho en la apreciación de la prueba grafológica, en cuanto toca con Andrade Castaño, cuando afirma el Tribunal 'que no fue posible por los grafólogos precisar quién de ellos dos (la Carvajal y Andrade, adicionó explicativamente) fue quien firmó por los beneficiarios, o si fue una tercera persona ...' y no obstante, ante semejante incertidumbre no se detuvo el *ad quem* para fulminar una sentencia condenatoria contra mi representado ...''.

El apoderado de Esther Julia C. de Alvarez, por su parte, alude a la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (''cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad''), la misma que relaciona con el ordinal 5º del artículo 210 de la obra en referencia.

Esta nulidad del procedimiento la concreta en tres errores: en cuanto a la identidad del ofendido, al lugar de los hechos y a la época de los mismos.

Afirma que el denunciante, señor Julio César Sierra, dijo ser representante de la empresa ''Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima'', pero nunca se acreditó la existencia jurídica de esta entidad. El acta de visita que acompañara a su *notitia criminis,* determinó una sustracción, en dinero contante y sonante, de $ 92.859.54; y, además que el comportamiento delictuoso afectó ''una partida de $ 114.720.00 correspondientes a subsidios *pertenecientes a los trabajadores afiliados,* de modo que en puridad material, son dichas personas, sobre cuya identificación no tuvo ninguna operancia la actividad investigadora, ni se relacionan por parte alguna en el enjuiciatorio, los deferidos por la ley para el evento de una reclamación de perjuicios. De ninguna manera la entidad denunciante, porque no ejerce ninguna clase de representación sobre ellos''. Extiende este peculiar raciocinio a los $ 340.536.07, que también desaparecieron y que provenían de aportes patronales, personas éstas, según el censor, las verdaderas ofendidas y no la mencionada Caja de Compensación Familiar de Acopi.

En lo que podría tomarse como segundo cargo, formulado al amparo de esta primera causal, anota que ''en parte alguna la providencia hace relación al lugar donde llegaron a ocurrir los hechos'', al ''lugar geográfico del evento''. Para determinarlo es necesario ''recurrir a una serie de deducciones, tal por ejemplo el lugar donde se instauró la queja, o el ámbito de jurisdicción de la empresa que se dijo afectada, pero ello para puros efectos de información extraprocesal, no procesal, y resulta inadmisible, incomprensible que, en asunto de tan alto rango, vinculativo con aspecto preeminente de jurisdicción, en el cuerpo de una providencia que nada menos iba a servir de soporte al juicio, se haya incurrido en desacierto de tal naturaleza''.

Por último, como tercer cargo, anota que ''en el mencionado auto, a *groso modo* y en forma inaceptable que induce a error, se alude genéricamente como ocurrida la infracción durante los años de 1971, 1972 y 1973, lo cual no constituye otra cosa que la repetición literal de las afirmaciones del denunciante, pero sin que aflore la actividad investigativa por precisar la fecha o fechas del evento incriminatorio. Se tiene que, jurídicamente hablando, afirmar que determinado hecho ocurrió en determinado año, sin más especificaciones, vale tanto como decir que ocurrió dentro del presente siglo o la presente generación ... Se encuentra claro que, en tratándose de infracciones continuadas, como ocurre en este caso, resulta de primordial importancia precisar el evento del último acto, dado que de allí nace la cuenta de eventuales reclamaciones por perjuicios, prescripción, etc., de modo que el vicio anotado es de trascendencia innegable''.

Luego se invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse incurrido ''en violación de ley sustancial en forma indirecta, por interpretación errónea proveniente de error de hecho en la apreciación de la prueba, de falsedad''.

Se estiman como violados los artículos 231, ordinal 1º, y 233 del Código Penal, y 215, 229 y 235 del Código de Procedimiento Penal.

Y en desarrollo de la censura, señala que la pericia grafológica considerada como elemento

de cargo, no puede estimarse como prueba. En efecto, ese dictamen tiene el valor de indicio. Para traducir este valor, es necesario que el perito grafocrítico dispusiera de muestras escriturarias, procedentes del procesado, que tuvieran el carácter de indubitables. Pues bien, para cumplir con este fin, se emitió la providencia que figura a folio 136 y, para su ejecución, "el instructor comisionado produjo la pieza visible a folio 278, motejada de "diligencia de inspección judicial", la cual debe considerarse inexistente —artículo 155 del Código de Procedimiento Penal—, por haberse omitido el lugar y mes de su realización.

De ahí que concluya del siguiente modo "no existiendo ... muestra gráfica de indubitable procedencia, como hecho indicador de realidad objetiva como lo impone el artículo 255 arriba citado ..., el indicio que se pretendió deducir de la pericia y que el fallador dio como existente, para apoyar la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, en realidad no existe, y se ha incurrido indirectamente en violación de ley sustancial por interpretación errónea en el hecho, y de la prueba". De otro lado, agrega el demandante, los cheques presumiblemente falseados no se incorporaron al proceso en forma legal, pues se dejó de cumplir con lo preceptuado en el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal. "Al presente resulta una labor ingente y muy ardua, para cualquiera que lo intente, enterarse de las características de los instrumentos, desentrañando la forma como fueron girados, cobrados, lugar, fecha de emisión, etc. para deducir algún aspecto probatorio con relievancia jurídica, aún por sobre todo, en guarda de la misión de defensa, máxime ante afirmaciones encontradas del denunciante, en cuanto a que unos instrumentos fueron cobrados directamente por mi patrocinada y otros no, que unos fueron cobrados por intermedio de una cuenta corriente, imputables a *Andrade,* y otros no, imputables a la co-procesada; y también frente a las incongruencias sustantivas del propio perito que sin razón alguna se objeta así mismo, y arguyendo razones superficiales cambia un dictamen por otro.

"Se diría que la relación de instrumentos figura en la pericia grafológica, pero esto es una petición de principio, o tal vez podría aducirse que figuran aportados por el denunciante, pero este no es más que un testigo sujeto a todos los reparos, y en definitiva se ha infringido la ley".

Finaliza la demanda en esta forma: "Reitero mi formulación inicial ante esa digna superioridad, para en caso de que la honorable Corte aceptare esta última causal, se profiera fallo de carácter absolutorio en cuanto a la falsedad documental, por cuanto desapareciendo el indicio emanado de la pericia, únicamente obraría en contra de mi patrocinada, aunque no de gravedad, y mucho menos necesario, el emanado de su ocultamiento o sustracción física del proceso, o fuga, como lo ha catalogado el sentenciador, aunque dicha actitud soportaría muchas morigeraciones, y ante todo muy explicable por su condición familiar. Dicho indicio no sería suficiente para afianzar la prueba de falsedad.

"No ocurre lo mismo respecto a la confesión extrajudicial de que dan cuenta los autos, según lo dan cuenta varios testigos, pero bajo la debida aclaración de que dicha confesión se refirió expresamente a la existencia del faltante físico de dinero, en Caja, y por suma que se estimó en $ 92.959.54, según se registraba en el dicho arqueo de caja del 2 de julio de 1973, indicio el cual es concomitante a la infracción de abuso de confianza y nada tiene que ver con el de falsedad, pues las constancias aludidas lo repelen en toda forma. En fuerza de ello, y aún en dentro de la calidad de las funciones que me corresponden, me veo en el caso de solicitar a la honorable Corte mantener el fallo por este aspecto. Pero en dado caso rogaría muy respetuosamente, se tuviera en cuenta la personalidad de la procesada, revestida de buen comportamiento anterior y al margen de capacidad delictual para lo futuro, lo cual la hacen acreedora a que se le aplique un mínimo de pena, y en todo caso, se le otorgue la libertad condicional".

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría

Demanda relacionada con José Gilberto Andrade Castaño.

A este respecto baste la categórica glosa que la delegada consigna en su concepto: "El censor cuestiona a la honorable Corte, en forma simultánea, las violaciones directa e indirecta a la ley penal sustancial, absurdo más que suficiente para no poderse hacer estudio a fondo del juicio al fallo repudiado, pues que no se sabe, en definitiva, en cuál de dichos quebrantos a la ley sustancial finca el impugnante el debate. Reiterando hasta el cansancio, la honorable Corte ha preceptuado en su jurisprudencia que es imposible jurídica y lógicamente imputar al fallo impugnado la coexistencia de las dos violaciones —directa e indirecta— a la ley sustancial, ya que el plantea-

miento de cada una de ellas y, obviamente su demostración, apareja posiciones intelectuales antagónicas en quien las postula, con movilización de complejos demostrativos de ellas diferentes e irreconciliables en todos sus órdenes ... Ahora bien. Trayendo al caso presente la esencia de lo teóricamente expuesto, se tiene que el actor acusa al fallo, simultáneamente, por aplicación indebida de los artículos 19, 32, 231, 233 y 412 del Código Penal, es decir, como expresamente lo dice, que concreta el cargo a la violación directa de la ley sustancial, ya que la hipótesis planteada es una de las tres que configuran tal modalidad de violación, para luego, como sustento de lo que él también señala como violación indirecta de la ley sustancial, hacer el ensayo de 'errores en la apreciación de las pruebas', salida única a la violación indirecta de la ley sustancial. Y no satisfecho con el absurdo ya predicado, omite hacer identificación del error en que pudo haber caído el *ad quem* al valorar los elementos de certeza, con citación de las normas legales que los gobiernan y de la conclusión que ha de sacarse sobre la incidencia que sobre el fallo impugnado produjo la errada apreciación probatoria, como también aquella que sobre el mismo hubiera recaído, de haberse comportado el juez en forma diferente, vale decir guardando fidelidad a la normatividad que debió presidir el análisis y valoración de la prueba''.

El cargo resulta improcedente.

Demanda relacionada con Esther Julia Carvajal de Alvarez.

Los tres cargos que se exponen como propios a la nulidad del procedimiento, no pueden estimarse como ciertos ni tienen la resonancia que el censor les adjudica. Si algo está debidamente demostrado y es totalmente ajeno a confusiones o apreciaciones equívocas, es lo relacionado con la posible fecha de los sucesos delictuosos, su lugar y el ofendido directo del punible comportamiento. En los delitos continuados suele ocurrir que se presenten dificultades para determinar con exactitud inobjetable la fecha en que éstos empezaron y concluyeron y, además, si en tal lapso no se produjo una interrupción más o menos considerable. De allí que tenga que recurrirse, conforme a los elementos de convicción recogidos, a hacer un señalamiento general, a fijar unos marcos cronológicos relativamente indefinidos y a referirse al factor tiempo acudiendo a una época. ''No es lo mismo, ha expresado la Corte, error en la época *del delito que error en la* fecha *del mismo. El primer vocablo se emplea en su acepción corriente de 'período de tiempo que señala por los hechos históricos durante él acaecidos', o, 'por extensión cualquier espacio de tiempo'. Y fecha, en su significación corriente equivale a 'la palabra latina data y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha verificado un suceso'. Pero la ley, precisamente, para evitar esa posible confusión entre fecha o día en que se realiza determinado suceso, que en muchas ocasiones puede ser de difícil señalamiento, usó la palabra* época *para determinar el espacio de tiempo más o menos largo en el cual pueden tener ocurrencia ciertos actos de la vida humana, en contraposición a la fecha o tiempo concreto en que se realiza el hecho''.*

Esto es lo acontecido, por este aspecto, en el caso sub judice. *El fallo del Tribunal se refiere a las pruebas que acreditan el hecho (denuncia de Julio César Sierra Aguilar, director administrativo de la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima; acta de visita fiscal elaborada por Teodoro Ospina, revisor fiscal de la entidad, rubricada también por Luz Mary Ortegón como contadora encargada y los testigos Alvaro Delgado Cruz y Cecilia Acero de Córdoba, personas todas estas que posteriormente declararon bajo juramento sobre tal intervención; cuadros correspondientes al detalle de los subsidios no recibidos por sus verdaderos beneficiarios, pero sí cobrados por Esther Julia Carvajal de Alvarez o por José Gilberto Andrade Castaño; títulos valores aprovechados para el abuso de confianza, mediante la falsedad de las firmas de sus reales beneficiarios, etc.), de las cuales se desprende con indudable firmeza, que la acción incidente en la apropiación de los subsidios empezó en el mes de enero de 1971 y concluyó en el mes de abril de 1973; y que en relación con los aportes patronales, la actividad ilícita cumplida sobre éstos, operó entre los meses de enero y mayo de 1973. La comprobación, a este respecto, no puede ser más segura y exacta. Contra ella el memorialista sólo opone su personal opinión, sin que pueda construir una reflexión seria y menos citar una prueba atendible que desvirtúe el planteamiento del Tribunal. El censor no desarrolla debidamente su cargo y se limita a manifestar una muy subjetiva duda, la cual, en realidad, no pasa de ese ámbito personal, inspirada más bien por un afán de encontrar vicios de procedimiento en donde no se dan.*

Otro tanto debe decirse de la aventurada e insólita crítica sobre el lugar de los hechos y la determinación de la entidad inmediatamente ofendida con la infracción. De lo primero debe anotar

que el sitio de ocurrencia de los dos delitos continuados con los cuales se grava a la Carvajal de Alvarez, no es otro que la ciudad de Ibagué, asiento de la empresa en la cual laboraba la sentenciada, como secretaria-tesorera, y lugar en el cual actuó ésta en el comentado sentido. Expresar dudas en este punto es, ni más ni menos, que querer llevar incertidumbre a lo más evidente y actuar bajo el prurito de no admitir el peso y significado de los hechos. Basta observar, en este punto, el contenido de la denuncia, el valor del acta contable llevada a cabo por el revisor fiscal de la empresa, el carácter de las declaraciones de los que suscriben esta actuación, el sitio de emisión de los cheques ilícitamente aprovechados por los condenados, el lugar donde movían sus cuentas y a las cuales fueron a parar esos títulos valores y, finalmente para no abundar en demostraciones innecesarias, la ciudad y entidad en las cuales se verificaron las diligencias de inspección judicial que obran en el expediente. Todo esto demuestra, a las claras, que el comportamiento delictuoso al que se refiere este proceso, aconteció en la ciudad de Ibagué (Departamento del Tolima). Y sobre estos mismos incontrovertibles elementos de incriminación, se apoya la demostración de haber sido la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima (con sede en Ibagué), la directa ofendida con el comportamiento de los reos. En apoyo de estas evidencias, que no soportan una controversia seria de negación, debe anotarse que la Carvajal de Alvarez, para la ya comentada fecha, laboraba en esa entidad; que por tratarse de persona vinculada a la misma, la autora de los mencionados delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos, los trabajadores subsidiados o las empresas que entregaban en forma debida sus aportes, tenían derecho, los primeros, a que se repitiese el pago, y las segundas, a que se tuviera por realizado la contribución oportunamente cumplida, todo a cargo de la referenciada Caja de Compensación; que, como lo anota acertadamente la Procuraduría, los dineros apropiados no habían salido de la Caja de Compensación, cuando la Carvajal de Alvarez actuó de modo ilícito sobre ellos, por lo que tales dineros "no habían ingresado al patrimonio económico de cada una de dichas personas"; y, finalmente, el demostrar la existencia jurídica de la persona ofendida (Caja de Compensación Familiar de Acopi) sería de interés para la constitución de una parte civil, pero no para otros fines. La oficiosidad de la investigación, por la índole de los delitos cometidos, indica la improcedencia de este motivo de reproche.

La doctrina no cesa de entender que factores como el lugar, tiempo de ejecución del delito y sujeto pasivo del mismo, importan al debido proceso y que los fenómenos incidentes en ellos (confusión, alteración, omisión, etc.) adquieren trascendencia cuando afectan sustancialmente el derecho de defensa y exponen a una condenación al acusado. Esto con el fin de evitar alegaciones secundarias, reparos inocuos, observaciones intrascendentes, sobre tales puntos, que en nada distorsionaron los hechos o desviaron los cargos formulados. Es evidente que las tres censuras comentadas no representan ni insinúan la más leve influencia, en este sentido, sobre la asistencia profesional prestada a la Carvajal de Alvarez y que el procedimiento se ajustó plenamente a las prescripciones de la ley.

Los cargos de esta primera causal resultan inadmisibles.

En cuanto a la segunda causal invocada y concretada en un solo cargo, conviene reproducir la opinión de la delegada:

"Los dictámenes grafológicos hechos por el Laboratorio de Grafología del Instituto de Medicina Legal que comprometieron gravemente la responsabilidad de la sindicada Esther Carvajal de Alvarez, fueron consentidos expresamente por las partes, toda vez que puestos a conocimiento de ellas no los objetaron durante el término de traslado pertinente.

"Posteriormente en la etapa del juicio, su defensor, en lugar de hacer uso de la facultad que confiere el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, solicitó se decretara y realizara un nuevo experticio grafológico, petición negada en las dos instancias, como tenía que suceder. Si no se objetó éste, 'por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción', tuvo que ser por no encontrarse base, más que legal, lógica, para controvertir al Departamento de Grafología del Instituto de Medicina Legal, lo que, obviamente se traduce en ser cierto, científico y veraz lo expuesto, que inducía a demostrar la conducta ilícita de la procesada en la suplantación de las firmas analizadas. Así mismo debe tenerse presente que, oídas las voces del artículo 265 del estatuto citado, era obligatorio para el juez recurrir a dicha prueba, la cual fue decretada con rigurosa legalidad, como igualmente se hizo con su valoración.

"Colígese de lo anterior que el error que el demandante enrostra al sentenciador por haber acatado el dicho del Departamento de Grafología, deduciendo de él la responsabilidad de la

procesada por el delito de falsedad en documentos, no puede prosperar".

El repudio a la inspección judicial de folio 278, por carecer en su encabezamiento del nombre de la entidad que la practica, y no mencionarse lugar y mes de su verificación, es argumentación un tanto artificiosa. Nótese cómo a folio 272, aparece el siguiente auto, para obedecer y cumplir lo ordenado a folio 136: "Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal. Ibagué, noviembre dos de mil novecientos setenta y cuatro. Para dar comienzo a la práctica de la diligencia de Inspección Judicial a la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima, conforme a lo ordenado en auto de fecha 22 de marzo del presente año, en su punto c) —folio 137 ft.—, se señala la hora de las dos de la tarde del día martes cinco de los corrientes. Desígnase como perito único al señor Conrado Chica Urrego —Visitador de la Contraloría—. Comuníquese su nombramiento y désele posesión. Cúmplase. El Juez, *Luis Carlos Villarraga Linares.* El Secretario, *Teódulo Pérez Bohórquez*". Y cómo, igualmente, estos mismos funcionarios expresan: "Dentro de la hora judicial de las dos (2) de la tarde del día martes cinco (5) de mil novecientos setenta y cuatro (1974), día y horas señalados por auto de fecha dos de los corrientes, para dar comienzo a la diligencia de inspección judicial a la Caja de Compensación Familiar de Acopi del Tolima, ordenada en auto de fecha veintidós de marzo del presente año (folio 137), el suscrito Juez Veinticinco de Instrucción Criminal, en asocio del Secretario del mismo Juzgado y del perito señor Orlando Chica Urrego —Visitador de la Contraloría Departamental—, se trasladó a las oficinas de la mencionada institución situada en el edificio del Banco Popular —Oficina número 303 de esta ciudad—, con el fin indicado. Una vez allí el señor juez procedió a dar posesión al perito nombrado señor Orlando Chica Urrego y al efecto, previas las formalidades y amonestaciones indicadas en los artículos 191, del Código Penal, 158 y 270 del Código de Procedimiento Penal le recibió juramento mediante las formalidades establecidas en el artículo 157 ibídem, por cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone y guardar la reserva del sumario. Estando presente el Gerente de la citada institución, doctor Julio César Sierra Aguilar, titular de la cédula de ciudadanía número 2210610 de Ibagué, el señor juez lo enteró de la visita del juzgado ..." —folio 278—. Se menciona allí la hora de la diligencia, el nombre del despacho judicial que la cumple, los funcionarios y auxiliares de justicia que intervienen, el año y se dice, al principio, que se trata del "día martes cinco (5)", señalamiento que se integra tanto con la indicación del mes determinado a folio 272, como por la mención que se hace al final de la misma: "... No siendo otro el objeto de la presente, se termina y firma por los que en ella intervinieron, una vez leída y aprobada, dejando constancia que esta diligencia fue terminada el día doce del *citado* mes de noviembre" —folio 279, mayúsculas de la Sala—. La constancia inmediatamente siguiente, lleva por fecha el 3 de diciembre de 1974.

La satisfacción de las exigencias preceptuadas en los artículos 155 y 214 del Código de Procedimiento Penal, no puede ser más clara.

Lo anterior demuestra, a su vez, que la pericia grafológica sí contó con muestras escriturarias ciertas y legalmente producidas, descartándose entonces las afirmaciones que en contrario formula el libelista, o sea, que los títulos valores sobre los cuales se proyectó la actividad criminosa, no fueron debidamente aportados a los autos y es dudosa su procedencia y autenticidad.

El cargo no prospera.

En consecuencia, 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.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

Sus diferencias. Deberes del recurrente frente a las dos violaciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 45, junio 15 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 15 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Raúl Alveiro Giraldo Porras contra la sentencia de 18 de febrero del año próximo pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de la misma ciudad que le condenó a la pena principal de 7 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable de los delitos de 'robo' y 'encubrimiento' ". Dentro del mismo proceso, también fue condenado Gustavo Ramos Restrepo.

Hechos y actuación procesal

En la sentencia impugnada, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, los primeros fueron adecuadamente sintetizados de la siguiente manera:

"Ocurrieron en la mañana del doce de julio de mil novecientos setenta y cinco, en esta ciudad, cuando se presentaron cinco antisociales al garaje 'Rutoco', ubicado en la carrera Sucre, provistos de armas con las cuales intimidaron a los vigilantes Julio César Peláez y José Hugo Valencia, a quienes obligaron a permanecer encerrados en una pieza del establecimiento, con otras personas, a fin de poder realizar su conducta delictuosa.

"Tres fueron los encargados de esa labor; y dos se quedaron vigilando en la puerta del 'parqueadero'. Así lograron apoderarse de tres vehículos: un automóvil Renault 4, modelo 1964, verde, placas LX-0014, del señor Heriberto Pino Jaramillo; otro vehículo de placas LX-90-66, Renault 12, de propiedad de Francisco Javier Cárdenas y, la camioneta Pick Up mencionada anteriormente en su modelo —Ford placas KB-11-84—, perteneciente a 'Inversiones Rubén D. Plata Limitada' ".

Por auto de 12 de julio de 1975 el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal inició las presentes diligencias (folio 4). Se practicaron numerosas pruebas y se oyó en indagatoria a Raúl Alveiro Giraldo Porras (folios 42 y siguientes) y a Gustavo Ramos Restrepo (folios 45 y siguientes), contra quienes el funcionario instructor el 30 de julio del mismo año dictó auto de detención preventiva "como partícipes de los delitos de robo y extorsión" (folios 112 y siguientes). Al primero de los nombrados se le negó el beneficio de libertad provisional que había solicitado (folios 119, 126 y siguiente). La Justicia Penal Militar provocó colisión negativa de competencias a la ordinaria para el conocimiento del asunto (folios 182 y siguientes) y ésta, por medio del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, abocó su conocimiento y decretó la práctica de algunas otras pruebas (folios 187 y siguientes). Allegadas que fueron, se declaró cerrada la investigación (folio 213). Por auto de 12 de marzo de 1976, el juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal a Gustavo Ramos Restrepo por el delito de robo y a Raúl Alveiro Giraldo Porras por el de encubrimiento (folios 221 y siguientes). Recurrida en apelación la providencia, el Tribunal Superior de Medellín, por la suya de 25 de mayo del año últimamente indicado, confirmó el llamamiento a juicio proferido contra Ramos Restrepo, pero con alguna reforma

y, en cuanto a Raúl Alveiro Giraldo Porras dispuso revocar el llamamiento "por el delito de 'encubrimiento' y, en cambio, *ordenar* que comparezca a juicio para responder por un delito de 'robo' sancionado en el Libro II, Título XVI, Capítulo II del Código Penal, en armonía con la Ley 21 de 1973" (folios 255 y siguientes).

En la respectiva etapa probatoria se practicaron pruebas solicitadas por Ramos Restrepo y otras decretadas de oficio. Se celebró la audiencia pública, durante la cual fue interrogado Alveiro Giraldo —Ramos Restrepo no concurrió por haberse fugado— y los defensores manifestaron que posteriormente, por escrito, presentarían las alegaciones correspondientes (folios 306 y siguiente). El de Alveiro Giraldo solicitó del juez del conocimiento la acumulación a este proceso de otro seguido en contra del mismo por el delito de encubrimiento, que se le adelantaba en el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá, "pues allí el auto de proceder se encuentra ejecutoriado" y no se ha dictado sentencia de primera instancia (folio 308), petición a la cual se accedió (folios 311 y siguientes). Se allegaron al expediente los alegatos anunciados en la audiencia (folios 323 y siguientes) e, igualmente, el proceso seguido contra Alveiro Giraldo por encubrimiento (folios 328 y siguientes). En este otro proceso el juzgado negó el decretar la práctica de algunas pruebas que le habían sido solicitadas "por no ser conducentes como lo ordenan los preceptos legales" (folios 449 y siguientes) por medio de providencia de cuya apelación desistió (folio 469). Nuevamente se cerró la investigación (folio 470). En auto de 18 de agosto de 1976, los hechos referentes al proceso acumulado con el primero, se sintetizaron así:

Ante las autoridades de policía Agustín Restrepo formuló denuncia motivada "en la pérdida de un vehículo de su propiedad, marca Buick, tipo automóvil, modelo 1965, colores negro y mostaza, lo cual según sus propias palabras ocurrió el día 6 de marzo del pasado año", cerca a la entrada de preferencia del estadio Atanasio Girardot, hacia las once de la noche.

Esta providencia culminó con el llamamiento a juicio de Raúl Alveiro Giraldo Porras "por el delito de *encubrimiento* consagrado en el Título IV, Capítulo IV y Libro II del Código Penal, en el cual resulta ofendida 'la Administración de Justicia' " (folios 474 y siguientes). Previos los trámites legales correspondientes, por sentencia de 19 de noviembre de 1976, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín condenó a Gustavo Ramos Restrepo a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio "como autor penalmente responsable del delito de 'robo' por cuyo concepto fue residenciado en juicio criminal" y a Raúl Alveiro Giraldo Porras, a la "principal de *siete años de presidio,* como autor responsable de los delitos de 'robo' y 'encubrimiento', por los cuales fue oportunamente convocado a juicio, en virtud de los sucesos acaecidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya individualizados dentro de este fallo, con transgresión del artículo 404 del estatuto punitivo, reformado por el 9º de la Ley 21 de 1973, y del artículo 200 de la misma obra represora, respectivamente". Además, fueron condenados a las penas accesorias de rigor y también se les declaró "*altamente peligrosos* para la sociedad" (folios 505 y siguientes).

El Tribunal Superior del respectivo Distrito, por sentencia de 18 de febrero del año pasado, confirmó el fallo de primera instancia que había sido recurrido, con alguna reforma en lo referente a Ramos Restrepo. Contra esta determinación el procesado Alveiro Giraldo interpuso el recurso de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

El censor, luego de la presentación de los hechos y del compendio de la historia procesal, formula contra la sentencia impugnada tres cargos al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y dos a la sombra de la primera de la misma norma.

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado —Encargado—, solicita que la sentencia no se case, para lo cual formula consideraciones que habrán de tenerse en cuenta en la ocasión debida.

Los cargos se presentarán y estudiarán en el mismo orden en que vienen propuestos.

Causal cuarta. La sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad:

Primer cargo. Enunciado: La sentencia impugnada "fue dictada en proceso viciado de nulidad con arraigo en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por haberse incurrido en el auto de proceder en 'error relativo a la denominación jurídica de la infracción' en lo atinente a la calificación que se le dio a las diligencias sumarias el (sic) señor Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín".

Demostración: según el apoderado, aquél se demuestra así:

El juez de primera instancia llamó a juicio a Gildardo Porras "por el delito de 'encubrimiento' ". Según la declaración de Humberto Antonio Correa, ninguno de los trabajadores del garage, Julio César Peláez, Hugo Valencia y Jairo Henao, reconocieron a los asaltantes. En la investigación no fue posible allegar pruebas para demostrar la presencia de Giraldo Porras en el lugar de los hechos. Luego no se le podía vincular "en el grado de autor, coautor o cómplice del delito de robo, conforme lo preceptuado por el artículo 4º de la Ley 1943, modificado por la Ley 21 de 1973, artículo 9º". Transcribe el artículo 402 del Código Penal para consignar que "la consumación del delito de robo surge a la vida del derecho cuando la culminación del *iter criminis* llevado a término por el agente activo del delito se obtiene el apoderamiento de la cosa mueble ajena o mediante amenazas se logra su entrega". Cita autores y jurisprudencias para sentar que este ilícito es de los llamados instantáneos. Repite que sus autores no fueron reconocidos, cuáles fueron el día y la hora en que se llevó a término y resalta cómo la captura de Ramos Restrepo y Giraldo Porras se realizó cuando el primero pretendía introducir una llave al candado del garaje en donde se encontraba uno de los automotores robados del "Ruitoco", lo cual tuvo ocurrencia a las 8 de la noche del 16 de julio de 1975, cinco días después de agotado el delito, por lo cual los actos ejecutados por Ramos y Giraldo "no guardan relación con los elementos tipificadores" del robo.

Dice que hubo "evidente error de apreciación probatoria" por parte del Tribunal al decir, para no aceptar la argumentación del auto de proceder proferido por el *a quo,* que "la prueba de compromiso que aparece en los autos es válida para los dos por el mismo delito", criterio que no comparte el censor por cuanto para Ramos milita la presunción de responsabilidad consagrada en el artículo 233 del Código Penal, porque en su contra obran dos sentencias condenatorias anteriores, mientras que contra Giraldo no existe ninguna, por lo cual aquélla no puede hacerse extensiva a éste. Además, en favor de Giraldo opera la presunción de inocencia estampada en el 216 del estatuto procesal penal.

Repite que no existe ninguna prueba directa que comprometa la responsabilidad de Giraldo en el delito por el cual se le sentenció. Que las 14 características de las huellas digitales que de él se encontraron en uno de los automotores las explicó suficientemente en la indagatoria, cuando manifiesta que los agentes de la autoridad los introdujeron al vehículo que estaba guardado en el garaje. Eso justifica la presencia de aquéllas. Agrega que, además, para que las huellas puedan adquirir características de indicio vehemente, se requieren 24, por lo cual las 14 son insuficientes. Además, su explicación del por qué se produjeron y encontraron, está amparada por la presunción de veracidad del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal. Expone que la manifestación de Giraldo de no saber conducir automotores, no resulta desvirtuada por la declaración de Mercedes Posada, quien afirma lo contrario, ya que sobre el particular se hace necesario acreditarla con el respectivo pase.

Luego de transcribir las normas 229 y siguiente del Código de Procedimiento Penal sobre indicios, comenta que la presencia de Giraldo con Ramos en el momento de su captura, no es indicio necesario.

De todo lo cual concluye que la primitiva calificación que revocó el Tribunal era la acertada y ajustada a la ley, pues lo que hizo fue "colaborar en el ocultamiento del vehículo, o asegurar el producto o fruto del mismo, pasando por alto el elemento a sabiendas de su procedencia ilícita que expresamente exige la normación en cita (Código Penal, artículo 200) para la calificación del delito de encubrimiento".

Luego se está frente a la causal de nulidad estatuida en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Se responde el cargo

El Tribunal de segunda instancia para fijar la responsabilidad penal de Raúl Alveiro Giraldo Porras por los delitos que se le imputaron y, en consecuencia, para condenarlo por ellos, tuvo en cuenta una serie de hechos que le llevaron a tal conclusión. En efecto: pone de presente las incongruencias y contradicciones que se presentan entre las exposiciones de los sentenciados Gustavo Ramos Restrepo y Giraldo Porras; lo ilógico de algunas de sus manifestaciones tendientes a justificar su presencia en el lugar en que fueron capturados, así como sus andanzas en los días anteriores; la resistencia que trataron de oponer a las autoridades en el momento en que se dieron cuenta de que iban a ser apresados; Giraldo Porras fue quien alquiló el garaje en donde ocultaron uno de los carros y quien pagó puntual-

mente el canon correspondiente; la negativa de Giraldo de saber manejar vehículos automotores se encuentra destruida por las declaraciones de Mercedes Posada y Gloria Cecilia Castaño; cuando fueron sorprendidos en el momento de penetrar al garaje en donde tenían los automotores, no supieron dar explicación satisfactoria de su presencia allí; con todas las precauciones de rigor, se llevó a término una exploración dactiloscópica sobre uno de los vehículos materia del ilícito y tanto el Jefe del Laboratorio Criminológico como el Técnico de Identificación, llegaron a la conclusión de que "uno de los fragmentos transplantados en el lado externo de la portezuela, coincide con varios puntos característicos con el dactilograma del dedo medio y otro transplantado del dedo interno, coincide con 14 puntos característicos con el mismo dedo de la mano izquierda de Raúl Alveiro Giraldo Porras".

Téngase en cuenta, en lo referente a la pieza fundamental constituida por el dactilograma: que de acuerdo con Decypol, 10 puntos son suficientes "para comprobar identidad y establecer plena prueba" y, en el caso propuesto, los puntos característicos de coincidencia fueron, de una parte, 14; más los otros que no se precisan en su número, pero que se dejaron anotados (Cfr. folios 98 y siguientes).

Los anteriores hechos y otros más, permitieron al sentenciador llegar a la conclusión de la responsabilidad penal de Alveiro Giraldo, en la modalidad en que lo condenó. Para ello, tuvo en cuenta la pluralidad de indicios y sobre sólido razonamiento estructuró la sentencia.

Ante lo anterior y si se lee detenidamente la fundamentación del cargo en estudio, se observa que el censor, como lo apunta el Ministerio Público, no hizo otra cosa que enfrentar "su criterio personal sobre apreciación probatoria en el ámbito indiciario y testimonial, al que tuvo en cuenta el fallador dentro de ese mismo campo al proferir la sentencia impugnada".

Y, como la pretendida argumentación tendiente a demostrar el cargo no tiene fuerza avasalladora capaz de echar por tierra la sólida demostración del fallador, llégase a la conclusión que esta tacha no puede prosperar, tanto menos cuanto que en la apreciación de los indicios, el sentenciador tiene un amplio campo que no puede desconocérsele, sino cuando se demuestre de manera evidente que él peca contra elementales normas de la lógica.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Enunciado: nulidad constitucional (artículo 26) "por falta de las formalidades propias de que deberá estar gobernado el proceso penal".

Demostración: la nulidad supralegal se presenta porque a los hechos demostrados se les dio una "*inexacta calificación en derecho* al denominar como delito de robo una conducta constitutiva de un simple delito de encubrimiento". Fue el Tribunal quien hizo que se presentara, puesto que el juez de primera instancia sí había llamado a juicio por encubrimiento. No existe prueba alguna que permita afirmar que Giraldo Porras "haya sido también responsable de la sustracción de los tres vehículos automotores" y a pesar de ello se le llamó a juicio por robo. Cita una jurisprudencia sobre este particular. Dice que no existe la prueba requerida por el artículo 481 al respecto. Recalca en el quebrantamiento, por parte del Tribunal, del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal al tomar contra Giraldo Porras aquella presunción en su contra, con lo cual también violó el 217 de la misma obra y concluye que con esa inexacta calificación, de una parte imposibilitó la defensa del procesado, pues se le dedujo una imputación sin arraigo en el proceso y, de otra, se faltó a la "observancia de las formas propias del juicio".

Se responde al cargo

Si se tiene en cuenta que, en el fondo y en esencia, la argumentación de este segundo cargo tiene los mismos fundamentos del anterior, síguese que debe correr idéntica suerte, por lo cual no habrá de prosperar.

Además, según lo sostiene el Ministerio Público con toda razón, "el planteamiento consistente en haberse comprometido en juicio al recurrente sin la prueba de responsabilidad exigida por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal no es motivo de nulidad legal o constitucional, sino quebranto de la ley penal sustancial alegable a través de la causal primera de casación".

Finalmente no se ve que se haya imposibilitado el derecho de defensa, como lo pretende el demandante, ya que se hubiera incurrido en esa falla en caso de ambigüedad o confusión o imprecisión en los cargos formulados en el auto procesatorio, pues entonces no se hubieran podido conocer con toda precisión. Mas acá, se plasmaron de manera diáfana y, por esto, la defensa tenía también un preciso campo de acción dentro del cual actuar.

Por tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Tercer cargo. Enunciado: la sentencia se dictó en un juicio viciado por la nulidad establecida en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, porque el Tribunal no podía dictar aquélla mientras no se hubiera resuelto la apelación interpuesta por el Ministerio Público contra el auto por medio del cual Raúl Alveiro Giraldo Porras fue llamado a juicio por el delito de encubrimiento.

Demostración: el auto de enjuiciamiento por el delito de encubrimiento, en cuanto hace relación a la pérdida del automóvil Buick, modelo 1965, fue apelado por la Fiscal al ser notificada de él. El recurso fue negado, entonces, la actuación cumplida a partir de esa negativa es nula, "por la incompetencia de los falladores de instancia para seguir conociendo del proceso por haberse concedido el recurso de apelación interpuesto" contra esa providencia.

Se responde el cargo

Este cargo tampoco cuenta con el menor asidero en el expediente. En efecto:

Uno de los requisitos para que un recurso pueda nacer a la vida del Derecho y, en consecuencia, producir algún efecto dentro de ella, consiste en que sea interpuesto en tiempo oportuno.

Y, en el caso concreto, se tiene:

El auto que se dice reclamado en apelación fue notificado a la señora Fiscal, lo mismo que al procesado Giraldo Porras, el 18 de agosto de 1976 (folio 486).

Al folio 489 vuelto, se encuentra la siguiente:

"*Constancia secretarial:* Señor juez: me permito comunicarle que el señor Ceballos, quien en la actualidad se encuentra haciendo las veces de citador del despacho, me comunicó que el día que le fue notificado el auto de cargos recaído contra el procesado Alveiro Giraldo Porras a la señora Fiscal Séptimo del Circuito, ésta no interpuso recurso alguno contra dicho proveído. Posteriormente la señora Fiscal solicitó telefónicamente al Despacho le fuera enviado dicho proceso sin explicar la razón para ello, y una vez le fue concedido la vista del expediente interpuso el recurso de apelación contra dicha providencia, cuando ya el auto de proceder se encontraba ejecutoriado, como muy claramente se observa según la constancia que obra a folio 162 fte. del cuaderno principal. Medellín, agosto 26 de 1976. (Fdo.), Antonio Lopera Serna - Secretario".

Según esta constancia, la señora Fiscal interpuso el recurso de apelación "cuando ya el auto de proceder se encontraba ejecutoriado".

Corrobora lo anterior el hecho de que por medio del de 27 de agosto del mismo año, resolvió el juzgado "no se admite la interposición del recurso de apelación que hace la representante del Ministerio Público en este proceso, toda vez que según la constancia secretarial que antecede, se comprende que ello acaeció cuando ya estaba ejecutoriado el auto de proceder" (folio 490). Esta providencia fue notificada personalmente a la Fiscal, quien no hizo ninguna observación en su contra, con lo cual estaba aceptando el hecho fundamental sobre el cual se estructuró la negativa.

Por tanto este cargo no prospera.

Causal primera. Primer cargo. Enunciado: El Tribunal sentenciador "violó en forma *indirecta la ley* sustancial concretamente en su artículo 404 del Código Penal, en concordancia con la Ley 21 de 1973, artículo 9º. El error ostensible y manifiesto en que incurrió el honorable Tribunal sentenciador fue la errónea apreciación que hizo de la prueba de responsabilidad del procesado consistente en hacer extensiva la presunción legal de responsabilidad expresamente consagrada en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal sin fundamento legal para ello, por cuyo motivo incurrió en error de derecho por errónea apreciación de esta prueba".

Demostración: Transcribe apartes de la providencia impugnada, en los cuales se dice que la prueba tiene carácter de indiciaria y relaciona los antecedentes del procesado Ramos Restrepo y el aparte en donde estampa que "la prueba de compromiso que aparece en los autos, es válida para los dos, para el mismo delito, de ahí entonces la argumentación incomprensible y antijurídica del *a quo,* al dividirla para aceptarla en cuanto a Ramos Restrepo para la estructuración de un delito: robo y desconocerla en relación al otro, para predicar más bien un encubrimiento".

Vuelve a repetir lo que antes había dicho en el sentido de que no podía extenderse a Giraldo la presunción del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, válida para Ramos.

Por lo tanto, en forma directa se violó esa norma y de manera indirecta el artículo 404 del Código Penal que fue el citado y no el 402 que era el requerido. También violó directamente el 217 del estatuto procesal penal, lo que tuvo proyecciones en la ya indicada violación del 404.

También se reforzó esta última violación, con el quebrantamiento de los artículos 229, 230, 231, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal, pues "le atribuyó el valor de indicio grave y necesario a una serie de circunstancias no elevadas a la categoría de indicio grave". Así: tomó como indicio grave y necesario la presunción del artículo 233 para hacerla extensiva a Giraldo, "sin que aparezcan en el proceso los elementos necesarios para su aplicación"; tomó como pruebas directas de responsabilidad de Giraldo las huellas dactilares a que se refieren los exámenes dactiloscópicos, donde se establecieron 14 características, cuando se requiere que aparezcan por lo menos 24. Entonces, siendo esa prueba insuficiente, se violó el artículo 217 del estatuto procesal penal, al considerar este hecho deficiente, como prueba plena y completa de responsabilidad, con lo cual se violó indirectamente el 404 del Código Penal. Violó el 216 del mismo estatuto, al no resolver a favor de Giraldo la duda que se presentaba, en forma directa, con lo cual indirectamente violó el 404. Violó el 231 del Código de Procedimiento Penal, pues dio valor de indicio grave y necesario a hechos que no tienen tal categoría, por lo cual quebrantó en forma directa el 215 "al dictar sentencia condenatoria sin el lleno de los requisitos exigidos allí".

Se contesta el cargo

En primer lugar no es exacto que en la sentencia impugnada y con relación a Giraldo Porras se hubiera tenido en cuenta el indicio consistente en la capacidad para delinquir o la "presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo" consagrada en la norma 233 del Código de Procedimiento Penal. Por el contrario, aun cuando se dice que las situaciones de los procesados son semejantes, a continuación vuelve y se precisa que aquella circunstancia sólo es predicable con relación a Ramos Restrepo.

De manera que por el aspecto fundamental anterior, falla la sustentación del cargo.

De otra parte, ya se dijo al dar respuesta al primero, cómo el sentenciador presentó, con fundamento en las pruebas recogidas en el expediente, una serie de indicios, los cuales, en su criterio, debidamente concatenados y no tomados de manera suelta y aislada, le llevaron a la convicción de responsabilidad penal de Giraldo Porras que estampó en su fallo.

Por último, como lo observa el colaborador, "en desarrollo de la censura arguye el demandante que se infringieron los artículos 215, 216, 217, 229, 230, 231, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal 'en forma directa', con proyecciones sobre la violación indirecta del artículo 404 del Código Penal. Es decir, que respecto a la misma situación jurídica se plantean las dos formas de violación sin precisar en qué consiste la una o la otra, ni expresar el concepto de la violación, ni menos aún, demostrar alguna de las hipótesis de violación directa de la ley; o si por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba se quebrantó de modo indirecto la norma penal sustantiva".

En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Segundo cargo. Enunciación: La sentencia violó directamente la ley sustancial al ser dictada "con sujeción a lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973. La violación que se concreta contra la sentencia tiene el carácter de violación directa de la ley sustancial por error de derecho".

Demostración: El Tribunal, para la aplicación de la sanción, toma en cuenta el artículo 9º de la Ley 21 de 1973 "y parte de una pena muy superior al mínimo fijado" en ella, "haciendo alusión a la 'preparación ponderada del delito', a la complicidad de otro previamente concertada, acogiéndolos en la sentencia, no como circunstancias de mayor peligrosidad conforme al artículo 37 del Código Penal, sino como elementos integrantes del delito de robo".

"La preparación ponderada del delito" y "la complicidad de otro, previamente concertada", son circunstancias de mayor peligrosidad (Código Penal, artículo 37, ordinales 5 y 9).

"El error evidente y manifiesto en que incurrió el honorable Tribunal sentenciador consistió en no partir del mínimo de la sanción fijada en el artículo 9º de la Ley 21 de 1973, sino en dosificar la sanción en un tiempo muy superior al mínimo fijado en la respectiva disposición penal", porque ha debido partir de ese mínimo para hacer luego los respectivos aumentos y disminuciones, de acuerdo con las reglas sobre la materia. Además, tales circunstancias de mayor peligrosidad no fueron plenamente establecidas en el proceso, luego resultaron aplicadas indebidamente, por lo cual se quebrantó la ley sustancial: Código Penal, artículo 37, ordinales 5 y 9, "violación que para los efectos de la presente impugnación tiene el significado de violación directa de la ley sustancial por evidente error de derecho".

Y también incurrió en error de derecho el sentenciador "al tomar en cuenta en perjuicio del procesado y como circunstancia de mayor peligrosidad 'el círculo familiar' que se encuentra afectado por algunos estigmas de innegable influencia por cuanto que su hermano Víctor Hernán Giraldo Porras registra en este Despacho un proceso ...' ", puesto que la responsabilidad penal es individual e intransmisible por los nexos familiares. Por eso "se incurrió en evidente error de derecho al aplicar la pena al sentenciado".

Concluye solicitando de la Corte "la *invalidación* de la sentencia acusada para que en su lugar se dé cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal 1 del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal dictando el fallo que deba reemplazar al invalidado".

Se responde el cargo

Es suficiente la réplica que con relación a él presenta el Ministerio Público y que la Sala comporte: "El sólo enunciado del cargo envuelve flagrante contradicción, pues se afirma que la sentencia es violatoria en forma directa del artículo 9º de la Ley 21 de 1973, por error de derecho sin consideración a que en esta clase de violación el quebranto de la ley se circunscribe a las tres hipótesis contempladas en el apartado primero, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al margen de todo debate probatorio; mientras que en la violación indirecta se discute la valoración de la prueba siendo deber del recurrente demostrar que por error de hecho o de derecho manifiestos se infringió la ley penal sustantiva.

"El reparo consistente en que se tuvieron como probadas, a pesar de no estarlo, las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los ordinales 5º y 9º del artículo 37 del Código Penal, no puede plantearse sino sobre la base del examen de las pruebas que en opinión del actor fueron equivocadamente apreciadas por el juzgador.

"En este cargo, como en los anteriores, el recurrente se limita a plantear la impugnación sin ensayar siquiera un principio de demostración.

"En lo tocante a la graduación de la pena el fallador goza de especial arbitrio judicial siempre que no exceda los límites fijados en la ley.

"No es valedera la afirmación del recurrente en el sentido de que las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en contra de su patrocinado fueron tenidas en cuenta también como elementos integrantes del delito, con lo cual, se violó el principio non bis in idem, *pues si se lee con detenimiento las sentencias condenatorias de primero y segundo grado, se advierte que a tales circunstancias no se les dio el doble alcance que señala el censor por la potísima razón de que la preparación ponderada del delito y al obrar con la complicidad de otro, previamente concertada no son elementos integrantes o constitutivos de los delitos de robo y encubrimiento.*

"La sanción impuesta al recurrente se basó en el artículo 33 del Código Penal, por ser dos los delitos juzgados en un mismo proceso; en las circunstancias de mayor peligrosidad ya señaladas; en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y en la personalidad del agente".

En consecuencia, el cargo no prospera.

Habiéndose llegado, con relación a cada cargo, a la conclusión de que ninguno de ellos puede prosperar, habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 582 del estatuto procesal penal.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida dentro de estas diligencias el 18 de febrero de 1977 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese, vuelvan las diligencias a la entidad de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V.
Secretario.

ROBO

La jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que las circunstancias especiales de agravación del robo calificado (artículo 404), son excluyentes en el sentido de que no pueden concurrir con las señaladas en el artículo 403, porque éstas sólo concurren con el robo común

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 45 de junio 15 de 1978.

Bogotá, D. E., junio 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

El Tribunal Superior de Buga, por sentencia que lleva fecha 21 de abril del año pasado, confirmó la proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Tuluá contra Augusto Emel Ramírez Restrepo, por el delito de robo, modificándola en el sentido de fijar en siete (7) años, ocho (8) meses de presidio la pena principal que se impuso al procesado y agregando la pena accesoria de publicación especial de la sentencia. Contra la providencia primeramente mencionada interpuso el Fiscal Primero del Tribunal recurso de casación que le fue concedido y que el Procurador Primero Delegado Penal (Encargado) coadyuvó sosteniéndolo ante la Corte.

Hechos y actuación procesal

Aquéllos pueden resumirse diciendo que el 19 de julio de 1976 Augusto Emel Ramírez contrató con Jaime Restrepo, conductor de un camión que permanecía en la plazuela aledaña a las galerías de Tuluá, un servicio que consistió en que éste fuera a la casa número 41-30 de la carrera 26 de esa ciudad, inmueble que después resultó ser de propiedad del señor Ramiro Cruz Caicedo, a llevar unos muebles al sitio que se le indicara, lo que, en efecto, hizo Restrepo llegándose hasta la casa en mención, en donde después de que le fuera abierta la puerta, procedió en compañía de Ramírez a cargar los enseres que allí había y luego, siempre acompañado de este último, tomaron en dirección al barrio "Fátima" habiéndole en el trayecto confesado el recurrente que ese "negocio" era un "gallo", es decir, que se trataba de un robo, razón por la cual una vez que hubo descargado los muebles en una casa del barrio citado, Ramírez buscó al dueño de la casa saqueada, señor Ramiro Cruz Caicedo, a quien puso en autos de lo sucedido. Al escuchar éste que su casa había sido robada, se valió del F-2 y fue hasta el sitio que Ramírez le indicó, en donde encontró sus enseres. En ese mismo lugar y un poco más tarde fue capturado Emel Ramírez, quien manifestó, al interrogársele sobre la procedencia de los muebles, que un individuo, cuya descripción hizo, le había pedido que contratara el transporte y los llevara al lugar en que fueron hallados.

Perfeccionada la investigación, se llamó a juicio a Ramírez por robo, señalándose en el auto correspondiente, que fue dictado el 26 de octubre de 1976, que el delito estaba agravado por haberse cometido en una de las circunstancias que contempla el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal por haberse cometido mediante escalamiento de la pared de la casa y posterior violencia a la puerta de la misma. Tramitado el juicio sin nuevo aporte de pruebas, llevada a cabo la audiencia pública, se profirió, con fecha nueve (9) de febrero de 1977, sentencia condenatoria en que se fijó en seis años y ocho meses la pena principal para la que se tuvo en cuenta que el procesado había sido, con anterioridad, condenado por otro delito de robo, en sentencia

proferida dentro de los diez años anteriores, o sea que se trataba de un reincidente.

Apelada aquella providencia, el Tribunal la confirmó por la que es objeto del recurso de casación en la cual, como ya se dijo, fue aumentada la pena corporal a siete años y ocho meses de presidio.

Como base de este aumento, manifestó el Tribunal:

"Es inobjetable, entonces, el sentido condenatorio del fallo de primer grado, pero observa la Sala que en la tasación de la pena aplicable al justiciable no se tuvo en cuenta que el artículo 399 del Código Penal ordena aumentarla hasta el doble si la cuantía es superior a diez mil pesos; lo cual debe corregirse en virtud de la facultad otorgada por el artículo 3º de la Ley 17 de 1975 para decidir en segunda instancia sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".

Demanda de casación

El Fiscal Primero del Tribunal, con invocación del cuerpo primero de la causal primera de casación, acusa la sentencia por violación directa de la ley por cuanto a su entender, cuando se aplica el artículo 404 del Código Penal no se puede dar, al mismo tiempo, aplicación al 398 ni al 399 del mismo estatuto punitivo "porque, como dice la Corte, con la aplicación del 404 queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399".

Desarrolla en seguida este concepto con cita de las disposiciones pertinentes y concluye diciendo que el artículo 399 comprende conductas relacionadas de una manera general con el robo pero sin objetar los casos especialmente relacionados por el artículo 404 ibídem. Y termina diciendo que la primera de esas normas sólo incluye el robo como entidad típica, no como entidad cualificada.

El Procurador Primero Delegado Penal (encargado) coadyuva en su vista fiscal la solicitud del Fiscal recurrente, acogiendo las razones expuestas por éste.

"En efecto, dice, jurisprudencia y doctrina coinciden en señalar que las circunstancias especiales de agravación del robo calificado (artículo 404) son excluyentes en el sentido de que no pueden concurrir con las señaladas en el artículo 403, porque éstas sólo concurren con el robo común y con la aplicación del artículo 404 'queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves' ".

Consideraciones de la Corte

Esta Corporación ha venido sosteniendo, de tiempo atrás, la incompatibilidad de las circunstancias agravantes comunes al hurto y al robo (artículo 403) con las que son exclusivas de éste y se hallan descritas en el artículo 404 del Código Penal.

Sobre el tema la doctrina es abundante y cabe citar la contenida en algunas sentencias de casación, como son: las de 17 de marzo de 1943 (Gaceta Judicial, Tomo LV, números 1998 y 1999, página 631), 7 de marzo de 1946 (Gaceta Judicial, Tomo LX, números 2029 a 2031, página 255), 19 de octubre de 1948 (Gaceta Judicial, Tomo LXV, números 2066 y 2067, página 120), 27 de septiembre de 1955 (Gaceta Judicial, números 2157 y 2158, página 306), 21 de mayo de 1956 (Gaceta Judicial, Tomo LXXXII, número 2167, página 625) y, más recientemente, 17 de noviembre de 1977. El impugnador alude a estos antecedentes jurisprudenciales, e igual se ve en la coadyuvancia del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

En este nuevo asunto la Sala, pese a los autorizados criterios adversos, reitera su ya tradicional apreciación del tema y se remite a los fallos en cita y a otros que, en aras de la brevedad necesaria en este caso, no se señalan expresamente. Debe agregarse, aunque no constituya un argumento definitivo, que el artículo 403 del Código Penal que permite la aplicación al robo de las causales que agravan el hurto en los artículos 398 y 399 y la que lo atenúa en el artículo 400, está colocado (y ello resulta obvio) antes del artículo 404 y que en sus cuatro numerales prevé circunstancias modificadoras especiales del delito en atención a la gravedad que representa su acontecer. Esa ubicación permite aseverar que no estuvo en el querer del legislador que las circunstancias, agravantes o atenuantes, a que se refiere el artículo 403 jugaran cuando de aplicar el artículo 404 se trata. Y también que no puede considerarse como argumento en contra de todo cuanto aquí se sostiene y mantiene, el hecho de que la palabra robo aparezca en el artículo 404, y el artículo 403 incluya la expresión "serán también agravantes y atenuantes del robo", pues no otro que el de robo es el nomen iuris *del capítulo.*

El demandante al aducir una violación directa de la ley sustancial en el caso de autos, acierta

en la selección de la causal de impugnación y su equivocación al referirse a una interpretación errónea de la misma resulta corregida por el Procurador Delegado que coadyuva y se refiere a una aplicación indebida de dicha ley. La impugnación prospera.

Corresponde a la Sala, de acuerdo con lo que prescribe el numeral 1º del artículo 583, dictar el fallo que debe reemplazar al que fue objeto de censura. Por la aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal el Tribunal Superior de Buga subió a siete (7) años y ocho (8) meses la pena de seis (6) años y ocho (8) meses de presidio, que como sanción principal había impuesto al procesado el juzgador de primera instancia. En esta última cantidad, en consecuencia, debe quedar dicha pena al eliminar la aplicación de la norma que permitió el equivocado aumento.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado y, en su lugar, condenar al procesado Augusto Emel Ramírez Restrepo, 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 ocho (8) meses de presidio, y, en forma genérica al pago de perjuicios.

Las sanciones accesorias se ajustarán a la nueva cantidad de pena impuesta.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Salvamento de voto de los doctores Luis Enrique Romero Soto y Dante L. Fiorillo Porras en el proceso contra Augusto Emel Ramírez Restrepo.

Con el respeto que nos merece la decisión mayoritaria de la Sala Penal, nos apartamos de ella por los motivos que exponemos a continuación:

Ciertamente esta Corporación ha venido sosteniendo, de tiempo atrás, la incompatibilidad de las circunstancias agravantes comunes al hurto y al robo con las que son exclusivas de éste y se hallan descritas en el artículo 404 del Código Penal.

Así, en sentencia de 21 de mayo de 1956 expresó que "con el robo calificado (artículo 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399, porque con la aplicación del 404 queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399".

Sin embargo un estudio más detenido, especialmente la comparación entre las circunstancias de agravación comunes al hurto y al robo señaladas por los artículos 398 y 399 del Código Penal y las propias del último que especifica el artículo 404 del mismo ordenamiento, muestra que obedecen a motivaciones perfectamente distintas y contemplan hechos diferentes, por lo cual no puede decirse que se viole el principio *non bis in idem* al acumularlas ni que se esté faltando a la equidad al agregar el aumento de pena que el artículo 404 contempla al que establecen las otras dos normas en mención.

En efecto, si se examinan las causales de agravación de los artículos 398 y 399 se ve que ellas no coinciden con las del 404 y si bien en las primeras se encuentra que la rigorización de la pena se hace con base tanto en la calidad del sujeto activo (hurto con abuso de confianza) como la del objeto material (valor superior a dos mil o a diez mil pesos, equipaje de viajeros, cabezas de ganado mayor, objetos confiados a la fe pública) como por el tiempo y el lugar (de noche o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitación) y el modo de actuar (tres o más personas reunidas o una disfrazada), lo que también se hace en el artículo 404 en que se agrava la sanción por el lugar, el modo, las personas, se ve que tales elementos están considerados por aspectos que difieren de unas a otras disposiciones.

Más aún: el numeral tercero del artículo 404 del Código Penal contempla ficciones de violencia, es decir, hechos que en sí mismos no implican el empleo de la fuerza contra las cosas pero que tradicionalmente, tanto en nuestra legisla-

ción como en otras, han sido considerados como una forma ficta o presunta de violencia por cuanto implican que el agente ha superado las defensas puestas en las cosas o alrededor de ellas para asegurar que su derecho patrimonial no sea lesionado.

Sucede, empero, que los modos de acción contemplados en el artículo 404 denotan mayor audacia en el delincuente y más dificultad de defensa por parte del ofendido como ocurre cuando se comete el robo en despoblado o con armas (numeral primero) por tres o más personas organizadas en cuadrilla permanente (numeral segundo) o, como se deja dicho, superando las defensas puestas por el dueño o tenedor de la cosa para resguardarla (numeral tercero), o, en fin, directamente sobre las personas, poniendo en peligro su vida y su integridad personal.

A mayor daño social corresponde entonces una mayor pena. Pero si el agente emplea conductas contempladas tanto por los artículos 398 y 399 como por el 404 no se ve por qué el aumento de pena que corresponde hacer por las últimas no pueda agregarse el que imponen las primeras.

No es lo mismo que un ladrón entre con el rostro descubierto a una casa de habitación escalando las paredes que lo haga disfrazado infundiendo mayor temor en los habitantes o asegurando de ese modo la impunidad. Tampoco es igual que use llave falsa pero con el riesgo de ser descubierto a que lo ejecute de noche con una ganzúa. La nocturnidad agrega en este caso mayor gravedad al hecho por la facilidad que representa para el agente actuar al amparo de la oscuridad y la dificultad de la defensa por parte de los habitantes, probablemente entregados al sueño. Tampoco es igual que quien abre un aparador con llave sustraída al dueño sea su sirviente de confianza, que duerme en la misma casa y tiene fácil acceso al mueble, que lo haga un extraño que entró furtivamente con riesgo de ser descubierto.

No hay duda, de otra parte, que el robo ejecutado en las condiciones de los artículos 398 y 399 es más grave que el simple, es decir, que aquel que se hace sin emplear ninguno de los medios en dichas normas contemplados.

La ley tiene razón cuando agrava la pena en los casos allí mencionados y querer que esas normas no se tomen en cuenta cuando el hecho además de ser ejecutado con esas modalidades lo es con las que contempla el artículo 404, resulta un modo de burlar los fundamentos de aquellas agravantes.

No se ve, finalmente, que pueda hablarse de falta de equidad al acumularlas, pues es el propio agente quien escoge el modo de obrar o los objetos sobre los cuales pretende ejercitar su acción delictuosa o los instrumentos para llevarla a cabo. Y es justo que si esto depende de su libre voluntad, deba ser sancionado a la medida de ella.

De otra parte se tiene que el artículo 403 del Código Penal al establecer que "los casos de agravación y atenuación fijados para el delito de hurto en los artículos 398, 399 y 400 serán también agravantes y atenuantes del robo", no hace excepción respecto al robo agravado, que no es una especie aparte ni un delito diferente sino una modalidad del de robo, por lo que no cabe hacer distinciones donde el legislador no las hace.

Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COLISION DE COMPETENCIAS

Delito continuado. Cuando las acciones sumadas revelan un mismo designio, se da el delito continuado. Giro múltiple de cheques

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 46.

Bogotá, D. E., junio 23 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Procede la Corte a dirimir el conflicto positivo de competencias suscitado por el Juzgado Tercero Superior de Manizales (Caldas) al Juzgado Segundo Superior de Tuluá (Valle), en el proceso seguido contra Oliverio Castaño Valencia o Jairo García Sierra.

Hechos

Contra Oliverio Castaño Valencia o Jairo García Sierra se iniciaron numerosos procesos por "giro de cheques" en talonarios robados y extraviados, con los que adquirió alimentos, muebles, artesanías, joyas y otros elementos, y que presentados para su cobro resultaron impagados por las causas anotadas.

Elementos de juicio

En su declaración indagatoria el procesado reconoce haber librado contra cuentas ajenas más de noventa cheques, a igual número de personas y en diferentes lugares de la República, todos con el fin de obtener su mantenimiento y el de su familia, puesto que, por carecer de documentos le fue imposible obtener empleo y si procedía a la tramitación de ellos, sería detenido por tener en su contra auto de detención vigente. Pidió que se le acumularan todos los procesos y confesó íntegramente su delito.

El Juzgado Tercero Superior de Manizales, propone colisión positiva de competencias al Juzgado Segundo Superior de Tuluá, porque son unos mismos los hechos investigados en los dos procesos y obedecen a idéntico propósito criminal, lo que obliga su trámite conjunto. Apoya su decisión en providencia del Tribunal de Manizales de 28 de abril de 1977.

Por su parte el Juzgado Segundo Superior de Tuluá, considera que las actuaciones de Castaño Valencia, son independientes entre sí. Que por no tener como sujeto pasivo de la infracción a una misma persona, debe considerarse cada hecho en forma independiente y por tal razón no es procedente su acumulación. Rechaza consecuencialmente, el conflicto que se le propone y dispone el envío de las diligencias a esta Corporación para resolver el incidente.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Superior de Tuluá dice que en el caso sub examine *no se puede hablar de delito continuado para la acumulación de las investigaciones contra Castaño Valencia, puesto que, las repetidas infracciones tienen como sujetos pasivos a diferentes personas, sin relación de amistad, comercial o de familia y además, residentes en diversas ciudades, por lo que la competencia para su juzgamiento corresponde al juez del lugar donde, en forma autónoma, el sindicado realizó y dio fin a la acción criminal.*

Reza el artículo 32 del Código Penal: "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; ...".

Lo anterior quiere decir que, el delito continuado consiste en la violación de una misma ley penal mediante pluralidad de acciones que obedecen a una misma finalidad. Si esta es una, una será la infracción cuyas acciones sumadas, reveladoras de un mismo designio, conforman la figura del delito continuado.

En el caso concreto, Oliverio Castaño Valencia o Jairo García Sierra, tuvo como finalidad obtener mediante el giro de cheques, sobre cuentas de las cuales no era titular, un beneficio único, o sea, si se da crédito a sus explicaciones, atender necesidades de familia. No importa así que el sujeto pasivo esté constituido por una pluralidad de personas. El delito continuado se determina con vista en la finalidad perseguida por el agente al través de los distintos actos que considerados aisladamente, cada uno, de suyo, configura infracción penal. Para su relevancia jurídica, no importa si la pluralidad de actos distintos violatorios de la disposición legal y reveladores de un mismo designio, tiene como sujeto pasivo a una sola persona o a personas distintas. Sus elementos compositivos esenciales son la pluralidad de acciones sancionadas penalmente y la unidad de su designio criminal.

Así las cosas, si tales son los presupuestos de hecho que embargan la atención de los jueces en conflicto, su investigación plural resulta a todas luces impertinente, contraria a derecho y violatoria de las formas propias del juicio, que en el caso concreto del delito continuado ordenan seguir un solo proceso por hechos que, el legislador considera constitutivos de un solo delito. La pluralidad de procesos violaría así mismo el principio de favorabilidad, garantía fundamental del procesado.

Por este orden de ideas la competencia en el presente caso, corresponde al funcionario que primeramente avocó el conocimiento de los hechos y por tal razón se dispondrá que vayan las diligencias sumadas al Juez Superior de Manizales para su tramitación unificada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME el conflicto positivo de competencias en el sentido de asignar el conocimiento al Juzgado Tercero Superior de Manizales, donde se enviarán las diligencias, previo aviso de lo resuelto en esta providencia al Juzgado Segundo Superior de Tuluá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

FALSEDAD

Por destrucción, supresión y ocultación de un documento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 49 de julio 19 de 1978.

Bogotá, julio 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación propuesto en contra de la sentencia mediante la cual, el Tribunal Superior de Neiva reformó la dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, para fijar en setenta (70) meses de presidio la pena principal correspondiente al procesado Albán Home Truque, como autor responsable de los delitos concursantes de "falsedad" y "peculado" en detrimento de la Industria Militar.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Albán Home Truque desempeñaba en Neiva el cargo de Almacenista de la Industria Militar (Indumil). Después de rechazarle las cuentas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1975, la Gerencia de dicha empresa ordenó se le pasara una visita por parte del Auditor Interno y del Visitador Administrativo. Así se hizo y se registró un faltante en mercancías y dineros a cargo del visitado, quien fue despedido y denunciado. Posteriormente el faltante se concretó sólo a dineros en cuantía superior a $ 30.000.00 que el procesado tomó en diferentes ocasiones, con el propósito de reintegrarlos y sin poder hacerlo. Cuando se presentó la visita destruyó los originales de unas facturas de venta, las órdenes respectivas, y alteró la copia de una consignación bancaria.

2. La actuación procesal subsiguiente:

La investigación se inició mediante auto cabeza de proceso del 23 de enero de 1976. El procesado fue destituido el día 26 siguiente y, ya dentro del proceso, luego de indagársele se le detuvo el 4 de febrero siguiente. Cerrada la investigación se le llamó a responder en juicio el 8 de septiembre por los delitos de peculado y falsedad. Esta providencia fue recurrida en reposición, recurso éste que se negó el 21 de septiembre. El proceso fue en apelación al Tribunal Superior de Neiva y allí, mediante providencia del 29 de enero de 1977, se confirmó el enjuiciamiento. Realizada la audiencia pública se produjo sentencia de primera instancia el día 16 de junio de ese mismo año, se le condenó por los delitos deducidos en la calificación a la pena principal de cuarenta y cuatro (44) meses de presidio, más las accesorias de ley y la condenación, en forma genérica, al pago de perjuicios. Apelada esta sentencia recibió confirmación el día 25 de agosto siguiente, con la sola reforma consistente en aumentar la pena principal a setenta (70) meses de presidio.

3. La demanda de casación y las causales que invoca:

a) Con base en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se impugna a la sentencia: "por ser violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951". Esto porque el sentenciador no vio en el peculado un delito continuado sino "un delito unitario", "no obstante haberse ejecutado la acción criminal en diversas oportunidades en el tiempo". Dice el censor: "No es cierto tampoco que la letra del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 ordene que siempre que el valor total de lo apropiado sobrepase los tres mil pesos la pena será de presidio, descartando la pena de prisión. Así será si el juzgador

se encuentra ante un delito simple o unitario de peculado en cuantía superior a tres mil pesos, o si siendo varias las acciones delictivas en cualquiera de ellas se apropia el criminal suma superior a los tres mil pesos''. Parece ser que lo que el censor solicita, de prosperar su demanda, es que se cambie la pena de presidio por la de prisión;

b) También con base en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal acusa a la sentencia: ''por ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 32 del Código Penal y del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951''. Esta segunda acusación tiene las mismas bases de la anterior. Se fundamenta en la afirmación de que el peculado, en el caso de autos, es continuado y no ''unitario'' como dijo el sentenciador. Concluye así: ''La infracción directa del artículo 32 del Código Penal al no considerar el delito de peculado como continuado cuando sí lo es, llevó al Tribunal a dejar de aplicar lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 en lo relativo a la individualización de la pena, no imponiendo al condenado pena de prisión tal como lo ordena la norma si el valor de lo apropiado es menor de tres mil pesos, tal como aparece probado en el expediente''. Critica la tasación de la pena, o mejor, la naturaleza de dicha pena, pues vuelve sobre el tema de que debió aplicarse prisión y no presidio;

c) En una cuarta acusación, al amparo de la misma causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dice que la sentencia viola la ley sustancial: ''por apreciación errónea de una prueba habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho manifiesto en los autos''. El error de hecho consiste en que el fallador considera que hubo confesión del sindicado, en relación con la cuantía del ilícito, cuando en verdad no la hubo. El error de derecho al no aplicar el principio de la indivisibilidad de la confesión consignado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al campo penal por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal. También habla de una posible duda que debió resolverse a favor del procesado en relación con las apropiaciones y la cuantía de cada una de ellas, para concluir con que debió aceptarse que cada una de esas apropiaciones fue inferior a tres mil pesos. Concluye que: ''Tales errores de hecho y de derecho que llevaron al Tribunal a interpretar erróneamente la prueba sobre el monto del valor de las apropiaciones individuales obtenidas en cada acción del procesado influyen definitiva, trascendental y notoriamente en la decisión, ya que el Tribunal dio por probado que la apropiación en cada hecho fue superior a los tres mil pesos, aplicando pena de presidio y no de prisión, y partiendo para la tasación de la pena de la sanción que la ley fija al peculado por ser este delito, en tal cuantía, más grave que el delito de falsedad'';

d) En la cuarta acusación dice que impugna la sentencia ''por ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 18 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 231 del mismo Código''. Agita entonces la misma causal de las tres que anteceden. Se refiere en este caso al delito de falsedad por incineración (destrucción) de unas facturas y órdenes de venta de las cuales existían copias, algunas de ellas en poder de los compradores, otras en poder del funcionario que las expidió. Por existir estas copias ellas fueron presentadas al proceso y permitieron comprobar los mismos hechos que habrían comprobado los originales destruidos. Razona así: ''Si la acción criminal consistente en la falsificación de un documento por medio de destrucción o incineración no indujo a error ni falseó la verdad contenida en tal documento, esa acción no agredió el bien jurídico tutelado por el título VI del Código Penal; no afectó la fe pública. Y un acto que no atenta contra un bien jurídicamente tutelado no puede ser delito aunque la intención del sujeto activo hubiese sido la de cometerlo''. Así desemboca en la existencia de ''un delito imposible'' y concluye por decir que la falta de aplicación del artículo 18 del Código Penal condujo al Tribunal a la aplicación indebida del artículo 231 del mismo Código ''pues el juzgador ha debido discrecionalmente prescindir de la pena en tal disposición fijada o disminuirla de acuerdo con las circunstancias en que el hecho fue cometido, pero no sancionar al procesado como si se tratara de un delito de falsedad en documento público perfeccionado y consumado'';

e) Finalmente dice el censor: ''Acuso la sentencia de segunda instancia, materia de este recurso, por ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 y del artículo 6º del Decreto 1050 de 1968, y por aplicación indebida del artículo 231 del Código Penal''. Empieza por reconocer que el procesado era un empleado público. También que abusó de sus funciones de almacenista. Pero no acepta que los documentos expedidos por él puedan ser calificados como documentos públicos. Luego se pregunta: ''¿Entonces, se

puede considerar como documento público una factura comercial o de venta expedida por un funcionario de una empresa industrial y comercial del Estado, cuando tal documento es característicamente civil, comercial y típico del derecho privado que regula las relaciones de los particulares entre sí, además, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 dichas empresas desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial *conforme a las reglas del derecho privado* y sus actos según el dicho del artículo 32 del Decreto 3130 de 1968 están sometidos a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia?''. Luego concluye así: ''Es obligatorio concluir, que la orden de venta impartida por el Comandante de la Brigada o el Jefe del Estado Mayor para que el procesado procediera a la venta de los artículos a él encomendados no le estaba dando a tal negocio un carácter diferente al de estricto derecho privado que conlleva su propia naturaleza y por disposición de la ley (Decretos 1050 y 3130 de 1968). De aquí que el Tribunal haya incurrido en la sentencia de segunda instancia, materia de este recurso, en la infracción directa del artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 y del artículo 31 del Decreto 3130 del mismo año, habiendo violado la ley sustancial. El acto de la venta era un acto en desarrollo de las actividades comerciales de la empresa y los documentos que en desarrollo de tal acto se produjeran serían documentos privados y no públicos. Siendo documentos privados, no podía el Tribunal aplicar el artículo 231 del Código Penal que tipifica el delito de falsedad en documento público''.

4. La respuesta del Ministerio Público:

Para el primer cargo el Ministerio Público considera desacertada la impugnación y contraria a elementales principios de técnica. Luego de citar jurisprudencias de la Corte, apunta: ''La hipótesis de violación aducida por el impugnador se fundamenta en el rechazo a la prueba que tuvo en cuenta el sentenciador para dar por demostrada la cuantía del peculado en suma superior a tres mil pesos; y se refiere no a la interpretación errónea del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, sino a la falta de aplicación del artículo 32 del Código Penal. El equivocado planteamiento y desarrollo del cargo impiden que prospere''.

Para el segundo cargo, que considera fundamentado en idénticas razones, existen los mismos motivos para su rechazo porque: ''El quebranto de la ley penal sustancial por interpretación errónea —no sobra repetirlo— se presenta al margen de toda controversia probatoria y consiste en que el juzgador le da a la norma correspondiente un alcance jurídico del que carece. En tal evento el sentenciador yerra en la aplicación del derecho al hecho demostrado plenamente'', y, en cuanto a la demanda apunta: ''Y no es esta precisamente la situación planteada en la demanda, puesto que se discute en el fondo la calificación jurídica de los hechos y se controvierten los elementos de juicio tenidos en cuenta por el fallador para dar por establecido el peculado en cuantía superior a tres mil pesos, y del cual se partió para imponer la pena al procesado''.

El tercer cargo también lo considera el Ministerio Público similar a los dos que anteceden y sus reparos son iguales. Dice así: ''El reparo, es similar al anterior y se fundamenta en los mismos razonamientos toda vez que se discute la cuantía del ilícito sobre la base de una equivocada apreciación de las explicaciones rendidas por el acusado respecto del valor de las sucesivas apropiaciones de dinero correspondiente a la venta de armas, municiones y explosivos, las que en sentir de los falladores constituyen expresa confesión de este hecho, y en opinión del actor error de valoración o incertidumbre en cuanto al monto de cada apropiación''. Agrega la falta de técnica al alegar al mismo tiempo error de hecho y de derecho y cita jurisprudencia de la Corte al respecto, para concluir que ''un planteamiento así concebido es contradictorio y excluyente y francamente ineficaz para conseguir la infirmación del fallo acusado''.

Para el cuarto cargo el Ministerio Público considera que sí existe un delito perfecto de falsedad, y, en el campo de la formulación del recurso, vuelve a encontrar error de técnica, que expone así: ''Pero si lo anterior no fuera suficiente para desestimar la acusación, bastaría agregar que la misma situación jurídica no es susceptible de infracción directa de la ley (artículo 18 del Código Penal) y aplicación indebida de otra norma (artículo 231 ibídem)''. Cita luego a la Corte en jurisprudencia sobre el tema para concluir que tampoco este cargo puede prosperar.

Finalmente, al referirse al quinto cargo, dice que el punto fue suficientemente debatido en las instancias y rechazado por los juzgadores con argumentos que comparte. Cita el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, para decir

que son documentos públicos: "los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", como acontece en el caso del almacenista aquí procesado y en el caso de las órdenes o autorizaciones de venta efectuadas por el Comandante de la Brigada. El hecho, agrega, "de que las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollen actividades de esta naturaleza 'salvo las excepciones que consagra la ley' (artículo 6º del Decreto 1050) y el de que los actos realizados para el desarrollo de los mismos, estén sometidos a la jurisdicción ordinaria (artículo 31 del Decreto 3130), no le quitan al documento producido por un funcionario público, en ejercicio de sus atribuciones, el carácter de tal". Finaliza así: "Aquí también se repite el equivocado planteamiento de alegar simultáneamente la infracción directa y aplicación indebida y, además, orientar la impugnación a normas simplemente reglamentarias y no sustanciales".

Al final solicita no casar la sentencia impugnada.

5. Las consideraciones de la Sala:

Los dos primeros cargos formulados a la sentencia, y aun el tercero si bien se mira, pueden ser examinados en conjunto porque todos giran alrededor del mismo tema y en todos surgen defectos de técnica que son suficientes, por sí solos, para anular las pretensiones del censor.

Por el primero de los cargos se equivoca la censura y sólo mediante un proceso de acomodación de los términos de la demanda se puede saber que en verdad se trata, no de una interpretación errónea del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, que rige el peculado, sino de falta de aplicación del artículo 32 del Código Penal, que prevé la continuidad en el delito. Esta continuidad es la que niega la sentencia y afirma el censor en el tema que se repite en cada uno de los tres primeros cargos. En el segundo cargo se alega infracción directa del artículo 32 del Código Penal, y al mismo tiempo, infracción directa, o lo que es lo mismo falta de aplicación, del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 que en el primer cargo aparece aplicado, pero en forma errónea. Así las cosas, resulta indudable que de un solo motivo el censor sacó dos y que de atender a su primera alegación el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 era aplicable, pero se le interpretó erróneamente y, finalmente, que ni dicha norma ni la del artículo 32 del Código Penal se aplicaron, pues no otra cosa quiere decir la afirmación de su conjunta infracción directa.

Aunque pudiera prescindirse de la equivocada formulación y sustentación de los dos primeros cargos contradictorios, se encuentra que al proponerlos y tratar de demostrarlos penetra el censor en el examen de la prueba que se tuvo en cuenta por parte del juzgador para adoptar la sentencia impugnada, toda vez que, para llegar a la conclusión distinta sobre la existencia de un delito continuado de peculado, tuvo que referirse a una multiplicidad de apropiaciones por parte del procesado, a la diversidad de tiempo y de cuantías en que se produjeron y a la unidad de designio delictuoso, y esto no es de recibo mediante la vía de acusación que utiliza.

Si se aduce, como motivo de censura, una violación directa de la ley sustancial (cuerpo primero de la primera causal de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), se hace necesario aceptar, sin oponer reparos, tanto los fundamentos de hecho que la sentencia consideró probados, como el criterio valorativo que siguió en su examen. Es decir, que no le está permitido al impugnador criticar, controvertir, cuestionar, o de alguna manera desconocer la labor que cumplió el juzgador en dicho campo. Si se procede de modo diferente, el cargo deviene impreciso y se desdibuja en tal forma que hace derivar la censura hacia la violación directa en donde se juegan los errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria. De esta manera la demanda se torna oscura y caótica como acontece en el presente caso. Los dos primeros cargos no prosperan.

En el tercero de los cargos se dice que hubo interpretación equivocada de la ley sustancial porque el juzgador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que surge de la indagatoria del procesado. Vale la pena repetir aquí que según la demanda el error de hecho consiste en que el fallador encontró allí una confesión del procesado sobre el monto de las cuantías de las distintas apropiaciones, cuando tal confesión, en dicho punto, no existe. El error de derecho se hace recaer en que el juzgador no aceptó como indivisible la confesión. Se apoya esta vez en el cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y en su sola enunciación se ve ya la contradicción en que incurre el demandante en relación con la versión de indagatoria del sindicado que resulta no contener una confesión, pero que como confesión que es no puede dividirse. Por si fuera poco lo dicho también resulta claro, y así lo ha dicho la Corte en muchas ocasiones, no puede alegarse la

existencia simultánea de errores de hecho y de errores de derecho sobre un mismo punto, pues ello entraña contradicción en la demanda. Recientemente y luego de examinar en qué consiste cada uno de los errores que la norma prevé, concluyó así la Sala: "Por sus especiales características el error de hecho manifiesto y el error de derecho deben ser alegados separadamente, en capítulos especiales, pues los dos surgen como resultado de premisas distintas, mutuamente excluyentes" (sentencia de 1º de septiembre de 1977).

En relación con los tres cargos se dijo al principio que todos giran alrededor del mismo tema: la continuidad del delito de peculado por el cual se condenó al procesado. También yerra el censor al creer que si el procesado tomó para sí la suma total de $ 30.543.75, en varias apropiaciones menores de $ 3.000.00 cada una, al aplicarle el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 se le debió imponer una pena de prisión oscilante entre dos y seis años y no una de presidio de cuatro a quince, porque al tratarse de una infracción continuada la cuantía que debe tenerse en cuenta para la medida de la pena es la correspondiente a la de cada uno de los episodios que constituyen la continuidad. El error apuntado resalta si se tiene en cuenta el texto mismo de la disposición penal que se considera unas veces mal interpretada y otras no aplicada, como ya se dijo. El artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, en tema de peculado, dice que el responsable 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 monto de cada una de las apropiaciones periódicas es apenas parte del monto total o, lo que es lo mismo, del "valor de lo apropiado". En consecuencia, la cuantía de un peculado, sea éste cometido de una vez o en forma continuada, es la del avalúo completo de lo apropiado o indebidamente usado, es decir, de la totalidad. La argumentación del censor sobre la existencia en el caso de autos de un delito continuado lleva en sí el género de su propia destrucción, si se tiene en cuenta que el artículo 32 del Código Penal, que regla el asunto, establece que se considera "un solo hecho" la infracción repetida de una disposición penal cuando revele ser la ejecución de un mismo designio, pues no resulta lógico que aquello que por ficción legal constituye un solo hecho pueda ser susceptible de tener varias cuantías. Siendo erróneo el razonamiento del censor en este que constituye el núcleo sobre el cual sustenta sus tres primeros cargos, es obvio que, aunque fueran de la misma calidad los razonamientos de la sentencia, no podría oponérsele como válido. Sobre esta argumentación equivocada viene a ser equivocado también cualquier cargo formulado a su amparo, pues equivale a buscar un delito continuado en donde no lo encontró el juzgador en forma por demás favorable al procesado ya que no es lo mismo un concurso material de falsedad continuada y peculado continuado que un concurso material de falsedad continuada y peculado no continuado. Tampoco este tercer cargo prospera.

Por el cuarto cargo abandona el demandante el delito de peculado y ataca el de falsedad. Deriva en este caso hacia un delito imposible (artículo 18 del Código Penal) porque, según dice, con la destrucción de los originales de varios documentos nada obtuvo el procesado toda vez que aparecieron los duplicados o copias en manos de otras personas y, de esta manera, no se vulneró la fe pública ni se falseó la verdad. Sobre este particular son de recibo los contrargumentos que trae el Ministerio Público en su concepto, allí donde dice: "Olvida el recurrente que según opinión de modernos tratadistas en esta forma de falsedad (destrucción, supresión y ocultación de un documento) no se da el elemento común a las demás falsedades: el engaño o creación de falsa apariencia para burlar la confianza de la colectividad, sino que en tales hipótesis la acción criminal se dirige contra la apariencia material del escrito y no contra su contenido". Lo anterior porque resulta evidente que con la destrucción de las facturas y demás documentos perseguía el procesado cubrir su apropiación de dineros oficiales y destruir la prueba de sus torcidos manejos. No se ve, entonces, la ausencia de delito o la existencia de un delito imposible de falsedad.

Así las cosas, no puede haber falta de aplicación del artículo 18 del Código Penal en una situación en donde no tenía cabida dicha norma. Tampoco puede hablarse de aplicación indebida del artículo 231 del Código Penal, porque no se equivocó el juzgador en la selección de esta disposición que en verdad rige el punto. Por otra parte surge también un error de técnica consistente en alegar infracción directa del artículo 18 del Código Penal y al mismo tiempo aplicación indebida del artículo 231 del mismo Código sobre una misma situación jurídica, porque aun en el caso de que pudiera establecerse que se trataba de un delito imposible de falsedad era obligada la referencia al artículo 231 del Código Penal, en cuyo caso su aplicación no podía resul-

tar indebida sino, cuando más, incompleta. Tampoco este cuarto cargo prospera.

Por el último de los cargos vuelve a atacar el delito de falsedad. Esta vez sobre la base de que los documentos que el procesado destruyó no podían ser calificados como documentos públicos. En estas circunstancias no se podía aplicar el artículo 231 del Código Penal. Alega violación o infracción directa del artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 y del 6º del Decreto 1050 del mismo año. Este último, como lo dice el Ministerio Público, fue suficientemente debatido en las instancias y de recibo la solución que allí se dio. Al tratar de los documentos públicos o auténticos el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal dice que son "los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones" y resulta claro que el Comandante de la Brigada es funcionario público y emitía las órdenes o autorizaciones de venta que el procesado destruyó, y éste tenía el carácter de empleado público, carácter éste que no desconoce el recurrente. El que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen estas actividades en la misma forma en que pueden realizarla los particulares y que sus actos en desarrollo de dichas actividades estén sometidos a la jurisdicción ordinaria (artículos 6º y 31 de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, respectivamente) no impide que los documentos que los funcionarios de dichas empresas produzcan dejen de ser documentos públicos, como apunta el Ministerio Público al conceptuar. En consecuencia, este quinto y último cargo no tiene ninguna consistencia y, al igual que los que le preceden, no puede prosperar. Y, una vez más, surgen defectos de técnica que el Ministerio Público puntualiza y a cuya puntualización se remite la Sala por ser exacta.

Por las consideraciones que antecede, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

La consagrada en el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 49 de julio 19 de 1978.

Bogotá, D. E., julio 24 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

En sentencia de 22 de marzo de 1977, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, por violaciones a los Decretos 522 de 1971 y 1188 de 1974, impuso las siguientes sanciones:

1. A Marwin Ramírez Flórez, diez años de presidio y multa en cuantía de cuatrocientos mil pesos, así como la accesoria de relegación a colonia agrícola por un término de dos a cinco años (artículo 33 del Código Penal).

2. A Robert Lee Kelly, cuatro años de relegación a colonia agrícola.

3. A Breck Dana Anderson, veinticuatro meses de relegación a colonia agrícola.

4. A Carlos Julio Bolívar y Eduardo Rodríguez, cuatro años de presidio y multa en cuantía de cincuenta mil pesos.

Cada una de estas penas privativas de la libertad, se acompañaron de las accesorias pertinentes.

En tiempo oportuno se recurrió en casación por parte del sentenciado Marwin Ramírez Flórez. Concedido y tramitado este recurso en debida forma, con presentación de la demanda correspondiente, la cual se declaró ajustada a los requisitos señalados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, procede ahora el pronunciamiento de fondo.

Hechos y actuación procesal

Conviene, en este aparte, transcribir al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"... se trata de procesos acumulados por tráfico de estupefacientes (marihuana) y cohecho, en los cuales aparecen como procesados, el recurrente y los demás mencionados; se procede por tanto a hacer referencia a los diferentes hechos y trámites cumplidos, con la aclaración de que se trata de situaciones estrechamente relacionadas.

"En el auto de proceder correspondiente, los hechos en relación con investigación contra Ramírez Flórez y los extranjeros citados, fueron resumidos así por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Granada (Meta).

" 'Aparece demostrado en autos que el día seis (6) de septiembre del año en curso (1974), en la pista de aterrizaje contigua a esta ciudad (Granada, Meta), aterrizó un avión de matrícula norteamericana, piloteado por Robert Lee Kelly, de la misma nacionalidad, quien venía acompañado por su compatriota Breck Danna Anderson, aeronave que fue cargada con un voluminoso cupo de marihuana (cannabis sativa o índica) y que cuando se disponía a despegar, debido al mal estado de la pista, no pudo hacerlo, por lo cual posteriormente se produjo la captura de los mencionados extranjeros, así como del boliviano Marwin Ramírez Flórez y de los colombianos José Arnulfo Ramírez, Gildardo Hurtado y Antonio María Londoño Arredondo, quienes al parecer, colaboraban para que el avión pudiera decolar. Posteriormente, fueron vinculados al proceso, como sindicados, mediante indagatoria, como todos los anteriores, Cristóbal Clavijo Clavijo, a quien se sindicó de haber llevado el cargamento de 'marihuana' al aeropuerto, en un camión de su propiedad; y Darío Rincón, persona que fue se-

ñalada como la vendedora de la yerba. También fueron vinculados, pero como reos ausentes Chuck Yance, Joe o José Vargas y Jaime Marín, a quienes se acusó de ser los principales dirigentes y beneficiarios de la 'mafia' encargada de adquirir y distribuir el estupefaciente en referencia' (folio 497, cuaderno 1º).

"Debe agregarse que según el informe de la policía que practicó la captura '... hoy a las 8:30 horas (septiembre 7 de 1973) se registró el aparato citado (el avión mencionado) y se encontró en su interior 45 bultos de marihuana procesada lista para exportarla con un peso aproximado de 70 arrobas ...' (folio 3, cuderno 1º).

"Adelantada la investigación, se dispuso la detención de los extranjeros citados y la libertad de otros acusados entre éstos de Ramírez Flórez, contra el cual posteriormente se profirió auto de detención; perfeccionada aquélla, se dictó auto de proceder contra Ramírez Flórez por el delito de cohecho —por haber ofrecido determinada suma a las autoridades en relación con la yerba decomisada y libertad de los detenidos— y se le sobreseyó temporalmente en cuanto al almacenamiento o distribución de marihuana, decisión ésta también adoptada en cuanto a los extranjeros citados, quienes obtuvieron libertad, sin haber sido capturados posteriormente, lo que dio lugar a la disposición ya anotada de la sentencia y también se adoptaron otras determinaciones, respecto a los restantes procesados; apelada esta providencia por el Ministerio Público, se modificó para llamar a juicio a Marvin Ramírez Flórez por infracción al Decreto 522 de 1971 (delitos contra la salubridad pública), lo mismo que a los dos extranjeros citados, como también fue enjuiciado Robert Lee Kelly por cohecho y se confirmó el auto de proceder contra Ramírez Flórez por la misma infracción; y también se resolvió lo relacionado con los otros procesados, mediante las decisiones pertinentes.

"Se inició una segunda investigación por hechos que se resumieron así en el correspondiente auto de proceder; dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín (Meta).

" 'Por el contenido de los autos, se sabe que alrededor de la una de la mañana del 13 de diciembre del año 1974 en el retén de San Martín, ubicado en la carretera que de esta ciudad conduce a la de Villavicencio, fueron interceptados por una patrulla de la policía al mando del cabo Julio Ernesto Velásquez, un camión marca 'Internacional', de color azul, distinguido con las placas 'SO 7562', cargado con 84 bultos de marihuana, manejado por Eduardo García y como acompañante Carlos Julio Bolívar; y un campero Nissan Patrol, conducido por Marwin Ramírez Flórez, en el que igualmente fueron hallados cuatro kilos de la misma hierba' (folio 287, cuaderno 2º).

"Adelantada y perfeccionada la investigación correspondiente, fueron llamados a responder en juicio por el delito contra la salubridad pública García, Bolívar Villar y Marwin Ramírez Flórez (Ley 17 de 1973) (Decreto 1188 de 1974), quienes fueron detenidos, con excepción del primero; proceso éste que después de diferentes incidencias y trámites, fue acumulado al ya mencionado.

"Finalmente se adelantó contra Ramírez Flórez otro proceso por cohecho, por hechos que en la sentencia del juzgado se relataron así:

" 'A raíz de este acontecimiento (el relacionado con el proceso antes indicado) el implicado Marwin Ramírez le ofreció al Comandante del F-2 la suma de cien mil pesos para que le diera su libertad, dinero que con el auxilio de doña Blanca Inés Rizo Medina le fue entregado al nombrado oficial, quien dio cuenta de lo ocurrido a la autoridad competente, investigación que, como las anteriores, dieron lugar a auto de proceder en contra de estos dos implicados' (folio 454, cuaderno respectivo).

"En este proceso, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio dictó auto de detención contra los procesados, posteriormente fueron enjuiciados por la infracción dicha, cohecho; y una vez en firme dicha providencia y cumplidos los trámites pertinentes, se dispuso la acumulación a los ya mencionados.

"Corrido el término probatorio y efectuada la audiencia, se dictó el fallo de primera instancia, confirmado por el Tribunal con las modificaciones anotadas, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados, mediante la sentencia recurrida en casación...".

La demanda

Al amparo de la causal primera, apartado primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan cuatro cargos, todos ellos dirigidos a demostrar que la tasación de la pena impuesta a Marwin Ramírez Flórez, se aparta notoriamente de lo que en justicia le corresponde, por apreciables yerros de derecho, generadores de violaciones a la ley penal sustantiva, en que incurriera el Tribunal.

A este respecto se expone:

Primer cargo. No es deducible la circunstancia de mayor peligrosidad del artículo 37-3 del Código Penal ("el haber obrado por motivos innobles o fútiles") si "resulta del propósito de pervertir a la juventud y de tratar de hacerlo con los funcionarios que lo aprehendieron".

Precisamente ello es la razón del delito. O, en otras palabras, por esas "consecuencias en el orden moral y en el orden de la salud es por lo que se sancionan las conductas conducentes a facilitar el uso de estupefacientes".

Hay una clara violación del *non bis in idem.* Y más clara aparece la indebida aplicación de la ley cuando se observa que esta circunstancia de mayor peligrosidad la entiende unánimemente la doctrina como lo vil, abyecto, bajo, indigno o torpe del motivo determinante del delito, las razones especiales que llevaron a actuar al delincuente. Y no es factible pensar que el condenado obró con el exclusivo o predominante fin de corromper a la juventud.

Segundo cargo. Tampoco es deducible la "preparación ponderada del delito" —37-5 del Código Penal—, si la circunstancia se refiere a la adecuación de medios de transporte para la movilización de la marihuana, pues en esto consiste, precisamente, el tráfico de estupefacientes. Se confundió el delito mismo con la aludida circunstancia. "Si el ilícito consistió en transportar la marihuana, es obvio que debió el agente que se lo propuso (dolo) buscar los vehículos, cargar la yerba y poner en marcha aquéllos".

Tercer cargo. "... Se dice en la sentencia objetada, que este motivo de mayor peligrosidad se tiene por 'la manera como concertaron el transporte y su envío fuera del país y el concierto previo que se predica de la sociedad pactada con las demás personas vinculadas en el reprobable negocio,

"Por claro error de derecho, le da al concurso de delincuentes el juzgador de segunda instancia, el alcance de cumplir el autor el delito con la complicidad de otro u otros, previamente concertada.

"En la agrupación de copartícipes en el delito, formada entre autor y cómplices, se da el concurso de delincuentes, pero no la circunstancia de mayor peligrosidad examinada, sino en el evento de que se predique del autor.

"En efecto, la mayor peligrosidad surge en quien, prospectado el delito a cometer, busca la ayuda de otros para asegurar el éxito original. No para quienes, como cómplices, son llamados por el autor a que colaboren en la empresa delictiva.

"Y es manifiesto que Ramírez Flórez, por sus condiciones personales, como atrás se dejó observado, apenas puede ser señalado como coadyuvante, como cómplice auxiliador de la 'empresa', obviamente montada desde el exterior, para la adquisición de 'marihuana' en los Llanos Orientales de nuestro país, a donde fue enviado un avión para recoger el estupefaciente. Y esa colaboración de Ramírez Flórez, como la de los mismos pilotos que llegaron a transportar por la vía aérea la 'marihuana', no puede ser calificada sino como complicidad respecto de quien (la investigación nada hizo para buscar la persona o personas que desde fuera del país organizó el negocio) se propuso llevar al exterior la marihuana, ni tampoco la persona o personas para quienes estaba destinada la que posteriormente fue decomisada cuando se la transportaba por tierra.

"Semejante manera de calificar esta circunstancia de mayor peligrosidad llevaría a tomarla como pertinente en todo concurso de delincuentes y para todos los que coparticipan en el delito, ya como cómplices necesarios o no necesarios y como autores, lo cual no se corresponde con lo que se indica en el referido numeral 9º del artículo 37 del Código Penal ...".

Cuarto cargo. Se dejó de aplicar el numeral 1º del artículo 38 del Código Penal.

La falta de demostración de ilicitudes anteriores a las que se juzgaron en este proceso, por parte de Marwin Ramírez Flórez, así como la prueba de su buena conducta anterior, permiten formular esta censura.

Concluye el memorialista del siguiente modo:

"... Los anteriores cargos conducen a que se tenga como equivocada, por indebida aplicación de la ley sustantiva penal, la dosimetría de la pena impuesta a Marwin Ramírez Flórez, particularmente cuando en la sentencia recurrida, al fijar el mínimo de tres años de presidio, incrementa en tres años más esa pena privativa de la libertad tomada como base, por las supuestas circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 3º, 5º y 11 del artículo 37 del Código Penal, y por no haber tomado en consideración la circunstancia de menor peligrosidad del numeral 1º del artículo 38 de la misma obra, siguiendo las pautas trazadas por la ley penal sustantiva en sus artículos 36 y 39.

"Dicho incremento en tres años de presidio, pues, resulta injurídico y causado por los yerros de derechos anotados, correspondiendo ser corregida la sentencia al invalidar el fallo impugnado, en forma parcial.

"Y sea observar que si debe partirse del mínimo señalado para el delito más grave, o sea el tráfico de estupefacientes conforme a la represión señalada en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, y que concurran circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor peligrosidad, la circunstancia específica de agravación traída en el numeral 3º del artículo 43 de aquel decreto, que permite aumentar hasta en las tres cuartas partes, mal puede llevarse por la concurrencia de la consideración de circunstancia agravadora hasta dos años, puesto que no resulta proporcionado señalar el mínimo y en cambio tomar casi el máximo de la agravación, contra la inexistencia de otros factores atinentes a la dosimetría de la pena, como lo es el que solamente concurra una circunstancia de menor peligrosidad y ninguna de mayor peligrosidad.

"De ser casada la sentencia, en el fallo que reemplace al recurrido habrá de tomarse en cuenta esta equivocada manera de fijar el monto en dos años de la agravación examinada, para que en justicia se determine lo que por tal motivo de incremento corresponda.

"Así, pues, fue indebido el incremento en tres años de presidio hecho por el juzgador *ad quem*, por cuanto indebidamente tomó en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes y en cambio dejó de considerar una de menor peligrosidad.

"No debe dejarse de anotar que para la época de la primera infracción imputada a mi representado, la sanción por el tráfico de estupefacientes aplicable era mucho más leve que la ahora indicada en el Decreto 1188 de 1974.

"Y, así mismo, que nada se dijo en el fallo impugnado sobre los cargos por cohecho, habida cuenta de que se trata de los casos imperfectos, atenuados conforme al segundo inciso del artículo 164 del Código Penal, en donde se indica que la pena se reducirá hasta en la mitad, si el dinero, dádiva u oferta no fueren aceptados.

"Y estas observaciones se hacen para que se observe como, en un cúmulo aritmético de las sanciones (lo cual buscó evitar el legislador al fijar la acumulación jurídica, en los casos de concurso de delitos), se tendría, partiendo de las sanciones privativas de la libertad mínimas, que el primer tráfico de estupefacientes y los dos casos de cohecho, darían un total de 18 meses de prisión (de seis meses cada ilícito), que sumados a tres años de presidio (el mínimo indicado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974), apenas arrojan un total de cuatro años y medio. Y el juzgador *ad quem*, partiendo de ese mínimo de tres años de presidio y aumentado dos por el concurso de delitos, llega a cinco años, según la motivación transcrita, lo cual sobrepasa el mismo cálculo aritmético de las penas.

"Pone, entonces de presente, la injusticia y equivocada dosimetría hecha en el fallo acusado ...".

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría Delegada

Análisis del primer cargo.

Constituye reiterada censura, en esta clase de procesos, indicar a priori *la exclusión de la circunstancia de mayor peligrosidad consagrada en el ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal, puesto que relacionarla con el ánimo de pervertir la juventud, de dañar su salud o menguar corporal y espiritualmente a las generaciones futuras, es, precisamente, la razón de ser del delito, o, en otros términos, lo que ha determinado al legislador a consagrar esta clase de conductas como delitos de notoria gravedad. La argumentación implica una generalización tan profunda que, para demostrar su inconveniente presentación, basta pensar en los pocos delitos que escaparían a este factor de intensificación punitiva, puesto que todo ilícito penal representa un daño social y por ende sus autores están influidos de cierta innobleza en sus motivaciones. La ley, en cuanto a la consideración que aborda el memorialista, sólo tiene prevista la exclusión de una circunstancia de mayor o menor peligrosidad, cuando una u otra integran el delito como elemento propio o imprescindible. Y este, a no dudarlo, no es el caso en estudio, pues la razón abstracta del legislador para mandar como delito una determinada conducta no coincide plenamente con el motivo que el Tribunal ha advertido en la acción del sentenciado y el cual le merece la calificación de innoble.*

La naturaleza propia de esta especie de delitos, sus fatales consecuencias y el ánimo de lucro que suele acompañar a sus ejecutores, al punto que sofoca toda consideración moral, debería llevar no a la conclusión que propugna el censor sino a

una bien distinta, vale decir, la incidencia permanente de la comentada circunstancia de mayor peligrosidad en esta clase de infracciones. Cuando se medita en ésto, resulta muy procedente la interpretación que la doctrina ofrece al respecto, recordada por el recurrente, para la cual se equivalen innoble, abyecto, vil, despreciable o indigno, calificativos que merece quien solo procede por ánimo de lucro, sin importarle en lo más mínimo lo devastador de su acción delictuosa.

De ahí que el Ministerio Público anote: "... tal finalidad de ganancia ilícita, no puede calificarse por el contrario como un fin noble, sino reprobable, por cuanto por dicho deseo o finalidad de obtener dinero, no tuvo reparo alguno en producir los efectos que anota el fallador, o sea la corrupción o daño de crecido número de personas ...".

Análisis del segundo cargo.

El censor vuelve a las generalizaciones: la ejecución del delito es, en sí, una preparación ponderada. Y, en el caso *sub judice,* cuando se trataba de transportar la marihuana, necesariamente debían cumplirse los aprestos propios a ese tráfico. Pero se olvida que hay acciones criminosas que revelan una mayor y mejor preparación, al punto que la primera impresión ante los hechos es la de deducir la existencia de un plan ideado con abundantes y eficaces recursos, que aseguran su realización certera. Es todo lo contrario de lo improvisado y repentino, en donde sólo se conjugan actuaciones ocasionales y azarosas.

Nuevamente acierta la Delegada cuando escribe: "... basta considerar como lo consignó el fallador, la forma como se desarrollaba y estaba planeado el tráfico o negociación ilícita, con aeronave destinada a conducir la yerba o estupefaciente al exterior, con vehículos apropiados y personal que colaboraba a tal efecto, para concluir que existió un estudio o plan cuidadoso para lograr el fin delictivo, esto es, el transporte, para lograr así sacar el producto del país y su posterior negociación.

Si por preparación ponderada del delito debe entenderse esta escogencia y empleo cuidadoso de los medios para lograr el fin buscado, según la apropiada cita que trae la demanda, no puede decirse que ésta no hubiera existido en el caso, pues sólo circunstancias especiales frustraron la consecución del fin expresado, como quedó dicho al relatar los hechos ...".

Análisis del tercer cargo.

La tesis central, acogiéndose rumbos doctrinales de vieja data, consiste en excluir de la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 9º del artículo 37, del Código Penal, a los cómplices y limitarla al autor. Pero no hay ninguna razón jurídica para no comunicar el tratamiento represivo a todos los que intervienen en el hecho, siempre y cuando conozcan ese aporte conjunto, prescindiéndose de distinciones que tienen otro fundamento y consecuencia. De allí que la Corte también haya anotado: "La circunstancia de mayor peligrosidad del artículo comentado, únicamente se configura por la simple pluralidad de sujetos activos del delito, ya que —este acto— implica una mayor indefensión para el ofendido o perjudicado o también una mayor alarma social ... el *concierto previo* se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la *preparación ponderada* hace relación al modo de ejecución del ilícito" (*Gaceta Judicial,* LXVI, página 520, 1949). El cómplice es un sujeto activo del delito que une, para ciertos aspectos, su voluntad a la del autor. Obvio resulta, entonces, que la mayor alarma social, la anulación de defensas por parte del ofendido, la más eficaz y segura realización del hecho planeado, etc., son puntos que concurren para el cómplice y, por tanto, sirviendo de fundamento a la mencionada circunstancia de mayor peligrosidad, debe deducirse en su perjuicio al momento de dosificar la pena.

De otro lado, la situación del sentenciado es bien diferente. No se trata de un cómplice sino de un verdadero y cabal autor. Así lo reconoció la sentencia y así debe valorarse su actividad vistas las probanzas allegadas al proceso. El concepto fiscal observa atinadamente: "... esta afirmación (el cargo) no resiste análisis alguno, pues los autos demuestran lo contrario, esto es, que fue el procesado quien en una ocasión se ocupaba de dirigir la conducción del producto referido y en otra prestaba auxilio eficaz y directo a los otros procesados —pilotos extranjeros— que pretendían transportar el estupefaciente; aparte de que habiéndose invocado la causal primera por violación directa de la ley sustancial, tal alegación no tendría cabida frente a la interpretación del fallador, cual fue la de considerar al procesado dicho, como autor junto con otros de los referidos delitos, en desarrollo de acuerdo que debe inferirse entre ellos para el logro de su ilícito propósito.

"Es decir, que según el proceso, el reo actuó con la cooperación y auxilio de otras personas para lograr el cometido delictuoso que se proponía, lo cual configura sin lugar a duda la circunstancia de mayor peligrosidad referida, sin que por tanto se demuestre en forma alguna la violación directa de la norma sustancial alegada ...".

Análisis del cuarto cargo.

Esta última censura, así como las consideraciones con las cuales se cierra la alegación, puede decirse que depende del éxito de los anteriores cargos. En efecto, la buena conducta anterior tendría una muy significativa incidencia en la disminución de la pena, si las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas por el Tribunal fueran impertinentes. Pero, en situación contraria, demostrada la improcedencia de las críticas formuladas por el recurrente, este último factor, tan incierto, puesto que obedece a una omisión de prueba cuando la norma exige su demostración precisa, carece de trascendencia, máxime cuando el mínimo del cual partió el juzgador debía intensificarse en forma apreciable por obra de las comentadas circunstancias de mayor peligrosidad.

Lo dicho permite expresar que la dosificación de la pena señalada en el fallo acusado, no resulta exagerada ni desprovista de adecuada fundamentación. Corresponde ella a una interpretación de las modalidades de los hechos y las circunstancias de mayor peligrosidad que pueden y deben deducirse en contra del procesado.

Los cargos se desestiman.

En consecuencia, 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, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

INDAGATORIA

El hecho de recibirla en lugar distinto del juzgado, no constituye nulidad, ni delito de falsedad si se demuestra que fue tomada por el funcionario competente para formar la sumaria

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51 de julio 27 de 1978.

Bogotá, D. E., julio 27 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación formulado en contra de la sentencia de once (11) de julio de 1977, originaria del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó, con la sola modificación consistente en disminuir la pena principal de siete (7) a cinco años y medio (5½) de presidio, la que emitió el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito, el día cinco (5) de mayo del mismo año en el proceso por robo y lesiones personales seguido a José Dustano Pulido Mesa, Luis Eduardo Rodríguez Rojas y Antonio Olmedo Henao Bautista.

1. Los hechos que dieron origen al proceso:

En la noche del día trece (13) de abril de 1976, varios individuos asaltaron el Banco del Comercio —Sucursal del barrio Las Granjas— de esta ciudad. Allí maniataron, hicieron ingerir una bebida que le privó del conocimiento y amordazaron al celador José Santos Olarte, violentaron una caja fuerte y se llevaron más de un millón de pesos en dinero efectivo. El celador conocía a uno de ellos, Antonio Olmedo Henao Bautista, por trabajar para la misma empresa de vigilancia (''Madriñán Micolta Patrol'') y desempeñar allí el cargo de supervisor patrullero, motivo por el cual le franqueó la entrada. Capturado Henao Bautista confesó y fue así como aparecieron comprometidos en el asunto José Dustano Pulido Mesa (quien trabajó para la misma compañía de vigilancia en donde conoció a Henao Bautista) y Luis Eduardo Rodríguez (en poder de éste se encontró el revólver del celador Santos Olarte). Estos dos individuos negaron toda participación en los hechos. Henao Bautista nombró como partícipes a unos individuos que posiblemente se llaman ''Damián'' y ''Manuel'' o ''Samuel''. Este mismo procesado tenía en su poder, como parte del botín, la suma de $ 32.770; a Rodríguez Rojas se le decomisó la suma de $ 91.652; Pulido Mesa tenía en su poder billetes cuyos números de serie coincidieron con los números de serie de los decomisados a Rodríguez Rojas.

2. La actuación procesal subsiguiente:

Inició la investigación el Juzgado Sesenta y Tres de Instrucción Criminal mediante auto cabeza de proceso del 20 de abril de 1976. Pulido Mesa (folio 65), Rodríguez Rojas (folio 69) y Henao Bautista (folios 57, 86, 147, 274) fueron indagados y se les detuvo por auto del 7 de mayo del mismo año (folio 89). También fue indagado, pero no detenido, Manuel María Peñuela (folio 129). Henao Bautista reconoció en fila de personas a Rodríguez Rojas, y el celador Santos Olarte a Rodríguez Rojas y a Pulido Mesa (folios 73 y siguientes). La investigación siguió su curso con la práctica de careos y la recepción de varios testimonios, etc. y fue cerrada el 13 de octubre de 1976 en el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá. La calificación se produjo el día 24 de noviembre siguiente para enjuiciar por los delitos concursantes de robo y lesiones personales a Pulido Mesa, Rodríguez Rojas y Henao Bautista, sobreseer definitivamente a Peñuela y ordenar la expedición de copias en orden a la individualización, identificación y posible vincula-

ción al proceso de los partícipes desconocidos. El enjuiciamiento no fue apelado (folios 344 y siguientes). La audiencia pública aparece a folios 438 y siguientes. Luego se produjeron las sentencias indicadas al principio de esta providencia para condenar a los tres encausados.

3. La demanda de casación:

Dos demandas fueron presentadas: una conjunta para Pulido Mesa y Rodríguez Rojas y la otra para Henao Bautista.

La primera se apoya en la causal cuarta (4ª) del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque su autor considera que la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad. Esta nulidad, se afirma, es de carácter constitucional (artículo 26 de la Constitución Nacional), pues:

a) No se comprobó el cuerpo del delito, con lo cual se violó lo dispuesto en los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal;

b) No se comprobó que los dineros incautados a los procesados provenían del Banco asaltado;

c) No hubo avalúo a pesar de tratarse de la investigación de un delito contra la propiedad, con lo cual se transgredió el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, y

d) No se llamó a los empleados del Banco para que explicaran por qué dejaron la llave original en el electrónico de la caja fuerte abierta, única en donde había dinero. Lo anterior lo resume así el censor: "Cabe pues concluir que mis poderdantes fueron condenados contraviniendo lo dispuesto en los artículos 309, 310 y 481 del Código de Procedimiento Penal, ya que en momento alguno en el proceso apareció plenamente comprobado el cuerpo del delito". Luego apunta una serie de defectos que atribuye a la indagatoria de Henao Bautista. Dice de torturas por parte de las autoridades policiales que efectuaron la indagación preliminar, de falsedad en la recepción de indagatoria, etc. Este punto aparece desarrollado en la demanda correspondiente a Henao Bautista que en seguida se resumirá. Solicita el recurrente la invalidación de todo el proceso.

La segunda demanda se apoya también, en primer término, en la causal cuarta (4ª) del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que el censor afirma que la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad. Plantea, como cargo subsidiario, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera (1ª), un error de derecho manifiesto por apreciación errónea de la indagatoria del procesado Henao Bautista. Se habla en la demanda de inobservancia de las formas propias del juicio y se cita como disposición desconocida por el juzgador la del artículo 26 de la Constitución Nacional. La nulidad alegada recae sobre la indagatoria del procesado que se dice no fue recibida en la oficina del juzgado instructor sino en las dependencias del F-2, aunque en el acta se consigne que se realizó en el juzgado, también sobre el hecho de que el individuo que aparece como apoderado no era un profesional del derecho sino un detenido que exhibió una tarjeta profesional falsa, sobre la base de que no se realizó en el juzgado sino en las dependencias del F-2, se dice que dicha diligencia fue "secreta" y que no estuvo el sindicado libre de apremio o coacción. En fin, resume el censor: "violó todos los ordenamientos consagrados en el Libro II, Título III, Capítulo III del Código de Procedimiento Penal, en detrimento de los intereses y derechos de defensa de mi comitente". Concluye por afirmar que no existe la pretendida confesión de Henao Bautista y, por tanto, todo en este proceso está afectado de nulidad, con mayor razón si Henao Bautista fue torturado.

Por el segundo cargo dice el censor que la sentencia "es violatoria del artículo 580, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, inciso 2º, al emitir el pronunciamiento con apreciación errónea de la confesión resultante en la indagatoria, que aparece manifiesta en los autos, la cual genera un error de derecho sin el cual no se hubiera producido una sentencia condenatoria". Se refiere aquí a la indagatoria de Henao Bautista y a los defectos que en ella encuentran el juzgador de primera instancia al calificar como cometidos de "buena fe" los errores del instructor en su producción, y a los que encuentra el juzgador de segunda que al referirse al mismo tema y al hecho de que después el procesado rindió otras indagatorias "con la observancia de todas las ritualidades", habla de revalidación o convalidación del vicio inicial. Esto, en su sentir, demuestra el ostensible error de derecho que alega y sin cuya aparición no se habría podido sustentar una sentencia de condena. Por el primer cargo solicita invalidar todo el proceso. Por este segundo que se case la sentencia y se diga el estado en que debe quedar el proceso.

4. La respuesta del Ministerio Público:

En relación con la alegación de posibles nulidades de rango constitucional dice el Ministerio Público que no existieron las torturas que afirman los censores, pues las escoriaciones que mos-

traba el procesado Henao Bautista las explicó él mismo como debidas al hecho de que le colocaron esposas cuando le capturaron y, además, esta versión suya resulta tardía y acomodada. Por otra parte, no debe perderse de vista que en cuatro oportunidades diferentes "entre las que cabe destacar la diligencia de reconocimiento en fila de personas que obra al folio 73, con asistencia de su apoderado y con el lleno de las formalidades legales, se ratificó expresamente de lo expuesto en la indagatoria (ver folios 73, 86, 136 y 147 del expediente) "y que sólo vino a retractarse cuando el juzgado del conocimiento negó la revocatoria de su auto de detención. Agrega el Ministerio Público que la confesión de Henao Bautista no es la única prueba para fundamentar el auto de proceder y la sentencia contra él y contra los demás sindicados. En este orden de cosas se encuentra el testimonio del celador Santos Olarte que le conocía de tiempo atrás, el hallazgo del revólver del celador y considerable suma de dinero en manos de Rodríguez Rojas.

Trae el concepto del Ministerio Público consideraciones sobre la posibilidad de encontrar nulidades de rango constitucional en la sumaria para concluir por negarlas y afirmar que sólo proceden las legales de incompetencia de jurisdicción y falta de personería en el querellante. Y destaca luego que el procesado Henao Bautista gozó de "amplias prerrogativas para ejercitar su defensa dentro del sumario y con mayor amplitud en el juicio, siendo asistido por varios profesionales que buscaron a todo trance su inculpabilidad en los hechos o una aminorante de su responsabilidad, por lo que el cargo de nulidad supralegal por desconocimiento de esta preciosa garantía es a todas luces infundado".

Las alegaciones sobre no comprobación del cuerpo del delito y el hecho de que no se vinculara al proceso a otras personas las califica de apreciaciones personales del censor enfrentadas a los argumentos de los juzgadores. Por el primero se trataría, dice, de un error de valoración de elementos de juicio por parte del juzgador que no ha sido demostrado por los impugnadores. Por el segundo, en nada afecta la responsabilidad de los procesados el hecho de no vincular al proceso a otros posibles partícipes de la infracción.

En cuanto al cargo de error de derecho en la apreciación de la confesión que se dice irregularmente producida y a pesar de eso valorada como elemento de convicción, dice que el censor se queda corto en su alegación sobre el tema porque no cita las normas reguladoras de la asunción de dicha prueba, ni las disposiciones sustancialmente infringidas (violación medio y violación fin). Tampoco expresa el concepto de violación, ni ensaya un principio de demostración del yerro atribuido al juzgador en la valoración de dicho medio de convicción, según sus propias palabras. En fin, que "todo se reduce al simple planteamiento de la acusación y a la transcripción de algunos apartes de la sentencia impugnada, ignorándose en qué consiste el error y cuál la trascendencia del mismo en las conclusiones de condena".

Al final solicita el Ministerio Público no casar la sentencia impugnada y expedir, si es que no se ha hecho, copias para que se investiguen las falsedades atribuidas por los demandantes al Juez Sesenta y Tres de Instrucción Criminal.

5. Las consideraciones de la Sala:

Se examinarán en primer término los cargos de nulidad coincidentes en las dos demandas. Se afirma en ambas que la indagatoria de uno de los procesados, precisamente la de aquel que reveló lo sucedido y dijo de la participación de los demás, tiene tal cúmulo de vicios, que resulta inexistente, incluso falsa, hasta el punto de que no puede sacarse de ella prueba contra nadie y, por tanto, todo el proceso debe caer.

Bien se ve lo exagerado de las pretensiones de los demandantes si se tiene en cuenta que aun en el caso de que resultara cierto aquello de la inexistencia alegada, no por dicho motivo devendría nulo el proceso, pues bastaría prescindir de esa indagatoria y examinar si el resto de la prueba recogida, que no tiene defectos, permite sustentar las condenas impartidas. Se harían explicables los esfuerzos encaminados a destruirla si fuera prueba única y sobre ella girara el proceso y en ella se fundamentaran, con exclusión de otra prueba, las sentencias. Además, y si bien se analiza, la indagatoria cuestionada contiene apenas una confesión calificada (el procesado afirma que fue obligado por sus compañeros a participar en la consumación de los hechos) fácilmente controvertible como aparece en las sentencias que se produjeron en las instancias.

Síguese de lo anterior la clara afirmación de que el proceso contiene prueba diferente que es abundante y está legalmente producida y no ha sido atacada por ninguna vía de casación. Se dispone de un detallado testimonio rendido por el celador que fue objeto de violencias (amenazas con arma de fuego, ingestión de un tóxico, mordaza y ligaduras en sus miembros) y que conocía con anterioridad a dos (Henao Bautista y

Pulido Mesa) de sus atacantes; el reconocimiento que hizo de uno de ellos (Pulido Mesa) en fila de personas, y de un tercero (Rodríguez Rojas), cuyos rasgos fisonómicos no olvidó; el hallazgo en poder de este tercero del revólver de dotación (un "Smith & Wesson", calibre 38 largo, número 550406) que se le había dado al celador para el cumplimiento de su oficio; el decomiso de considerables sumas de dinero en poder de Rodríguez y de Henao ($ 91.652.00 y $ 32.770.00, respectivamente); las vinculaciones que habían tenido Mesa Pulido y Henao Bautista con la empresa ("Madriñán Micolta Patrol Limitada"), encargada de la vigilancia del Banco y a la cual pertenecía también el celador, etc. La indagatoria atacada sólo viene a sumarse al robusto conjunto probatorio que se deja señalado y que fue bien valorado en las instancias.

Todo lo anteriormente dicho basta para saber que los cargos conjuntos carecen de contundencia y, por tanto, no pueden prosperar.

Cabe agregar, sin embargo, que si en el acta de indagatoria se consigna que se recibió en el juzgado instructor cuando en verdad dicho acto se realizó en otro lugar, ello no puede tenerse ni como motivo de nulidad ni como signo de falsedad documental si se comprueba, por otro lado, que dicha indagatoria fue tomada por el funcionario competente para formar la sumaria. Para el cumplimiento de algunos actos procedimentales la ley señala, u ordena señalar, el lugar en donde debe efectuarse. Así acontece, por ejemplo, con la reconstrucción de los hechos (artículo 337), el levantamiento del cadáver (artículos 341 y 343), la audiencia pública con intervención de jurado (artículo 557), obviamente el allanamiento (artículos 355 y siguientes) y, en general, las inspecciones judiciales artículo 224). No sucede lo mismo con la indagatoria, pues no existe una sola disposición legal que obligue a practicarla en determinado sitio con exclusión de otro. La misma conducción del procesado al "lugar en que hubieren ocurrido los hechos" a fin de examinarlo allí, es potestativo del instructor, según se ve en el artículo 406, y se tomará o no tal medida si así lo indica el buen criterio investigativo. Puede afirmarse, en consecuencia, que allí donde se traslade el funcionario de instrucción para tomar una indagatoria, allí estará el juzgado que preside.

Tampoco resulta de recibo el afirmar que por haberse recibido la indagatoria por el juzgado instructor en las dependencias de un cuartel de Policía, en este caso del F-2, esa diligencia fue "secreta" y no estuvo exenta de apremio o coacción. La indagatoria es reservada como reservado es el sumario en donde se produce (artículo 311 del Código de Procedimiento Penal) y, en consecuencia, no podía ser pública como parece ser lo que afirman los censores. Además, no es el sitio en donde se tome el que determina si ella se produjo estando el indagado libre de apremio o coacción, sino la conducta de quien debe dirigir dicha diligencia. En el caso presente se cumplieron a cabalidad las exigencias de los artículos 385 y 386 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, por estos aspectos ningún defecto puede apuntársele a dicha diligencia.

Por lo que hace a la permanencia del sindicado en las dependencias del F-2, debe advertirse que fue él mismo quien pidió se tomara una determinación tendiente a protegerle de posibles actuaciones violentas de parte de aquellos a quien delató y, especialmente de Rodríguez Rojas de quien dice, así se ve en el acta de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, que le ha amenazado constantemente. Dice Henao Bautista en una de sus indagatorias: "Quiero pedir al juzgado que en vista de los enemigos que andan detrás de mí, que es gente muy peligrosa, que según el tiempo que esté detenido me mantenga aquí, o en un lugar seguro" (folio 60). Más tarde en su intervención de folio 87 y luego de ratificarse en todo cuanto ha dicho con anterioridad, agrega: "Que me ayuden en este caso, porque lo hice fue asustado en vista de las amenazas de que fui víctima". Esta solicitud de ayuda la eleva al funcionario de instrucción. Por estas razones se le dejó, inicialmente, en las dependencias del F-2 y, más tarde, cuando se le trasladó a la cárcel, fue enviado a "La Picota", mientras Rodríguez Rojas y Pulido Mesa fueron a "La Modelo". Lo que temía Henao Bautista era la acción violenta de sus compañeros de sindicación, no la acción violenta de la Policía y menos la del funcionario instructor.

Se agrega en las demandas que el procesado fue torturado. Mejor aún, que los tres procesados fueron objeto de diferentes manifestaciones de fuerza en orden a obtener de ellos la aceptación de que concurrieron a la consumación de los hechos. La insinuación en cuanto a Henao Bautista aparece por primera vez en la diligencia de reconocimiento en fila de personas que protagonizó y en la cual habló muy claramente de las amenazas que le hacía Rodríguez Rojas (folio 73). Allí, el apoderado que él mismo designó afirmó que presentaba huellas de tortura y el instructor verificó la existencia de unas escoriaciones en

los brazos. Al preguntarle al propio sindicado cuál el origen de las mismas, dijo: "Es que eso se debe a que me pusieron esposas cuando me capturaron". Dentro de la misma diligencia y ante una pregunta bien concreta sobre el mismo punto, dice: "El trato que he recibido es como a cualquier detenido, y el trato para mí ha sido bueno" (folio 75). ¿En dónde entonces la tortura que los censores afirman? Aparece sí dicha afirmación en una de las varias ampliaciones de indagatoria, concretamente la que aparece a folio 273, y se refiere a las actuaciones de la Policía, no del funcionario de instrucción. Ya antes, como bien se reproduce, había afirmado que las escoriaciones se debían a la utilización de esposas por parte de sus captores y al buen trato que recibía en las dependencias policiales en las cuales, por petición suya, se le dejó. En la diligencia de reconocimiento en fila de personas (folio 73) se pone en contradicción con su apoderado, pues al paso que éste habla de torturas él las niega. Sólo que cinco (5) meses después (los hechos se produjeron el 13 de abril de 1976, la captura poco después de esta fecha inicial, y la ampliación de indagatoria a la cual se refiere la Sala tiene fecha del 28 de septiembre del mismo año) ya decide afirmar que fue torturado. Razón asiste al Ministerio Público cuando habla de algo tardío en esta nueva posición del indagado frente a sus investigadores iniciales. De todo lo anterior, se colige que el procesado Henao Bautista nunca fue torturado por nadie. Y que tampoco lo fueron Rodríguez Rojas y Pulido Mesa. Estos dos últimos negaron y niegan toda participación en los delitos investigados, como bien se lee al repasar sus indagatorias. En consecuencia, cualquier actividad tendiente a torturarles resultó inútil, aun en el evento de que se hubiera producido alguna.

Otro punto al cual se refieren los censores, siempre alrededor de la indagatoria de Henao Bautista, es el de que quien aparece como apoderado para la indagatoria (se dice que lo fue el doctor Fernando Mosquera Córdoba, detenido en el F-2 ese mismo día) no es abogado y, lo que es peor, presentó al juzgado una tarjeta profesional falsa, como después se comprobó. De esto no puede culparse al instructor que también resulta engañado con la tarjeta profesional que se dice falsa y con la afirmación en quien sirvió de apoderado de que tenía la calidad de abogado. Pero ni aun en el caso de que el procesado no hubiera sido asistido en dicha diligencia por un abogado titulado, inscrito y munido de tarjeta profesional legítima, habría nulidad en el caso de autos. La Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema para llegar a la misma conclusión y puede consultarse con provecho el fallo de 28 de febrero de 1969, en donde se concluye que lo máximo que puede hacerse en estos casos es prescindir de dicha indagatoria, pero no anular el proceso. Sin embargo, en el caso de autos, aun si se prescinde de las iniciales versiones del sindicado, aquellas que aparecen a folios 57 y siguientes, bien se ve que no concluye allí su indagatoria sino que se prolonga en varias otras ampliaciones, algunas de las cuales contienen expresas ratificaciones de lo dicho en la primera. Esos episodios pueden concretarse así, con posterioridad a la diligencia que los censores atacan:

1. Ampliación de folio 86 en donde aparece asistido por el doctor Pedro Enrique Pinzón, de quien no se duda que es abogado titulado, inscrito, y provisto de tarjeta profesional en regla.

2. Ampliación de folio 147 en donde aparece asistido por el doctor Héctor Calvo Barón, de quien no se duda que es abogado titulado, inscrito y provisto de tarjeta profesional en regla.

3. Ampliación de folio 273, en donde aparece asistido por el doctor Isauro Calvo Barón, abogado titulado e inscrito y provisto de tarjeta profesional en regla, según todo lo indica, y al parecer hermano del anterior si se tienen en cuenta los apellidos comunes.

4. Careos con Pulido Mesa y con Rodríguez Rojas (folios 146 y siguientes), en donde aparece asistido por el mismo doctor Isauro Calvo Barón de quien no se duda que es abogado titulado, inscrito y con tarjeta profesional en regla.

5. Audiencia pública en donde actúa como defensor el mismo doctor Isauro Calvo Barón, etc., y

6. Diligencia de reconocimiento en fila de personas en donde le apodera el doctor Jaime Camargo Salamanca, abogado titulado e inscrito, dotado de la tarjeta profesional en regla, como no se duda. Finalmente, en casación le apodera el doctor Jorge Antonio Alayón Pardo, que ostenta los mismos atributos profesionales indubitables de sus antecesores. No se ve cómo puede predicarse inexistencia de la indagatoria de Henao Bautista en estas condiciones.

Existen otras afirmaciones de nulidad en la primera de las demandas; que no hubo comprobación del llamado "cuerpo del delito", porque no se estableció que hubiera dinero en la caja violentada del Banco, que no se llamó a los empleados del mismo para que explicaran determi-

nados puntos que al censor le parecen de importancia para la investigación de los hechos, que no se demostró que los dineros decomisados en manos de los procesados hubieran salido de las arcas del Banco, y, finalmente, que no hubo avalúo. Estas alegaciones, similares en todo a las que se hicieron en las instancias, obligan a la Sala a contestar de la misma manera que si se tratara no de un recurso de casación, sino de un alegato simple y común.

En cuanto al llamamiento de los empleados bancarios al proceso, se dispone aquí de las declaraciones de Napoleón Díaz Torres (Gerente), José Daniel Suárez Romero (Subgerente), José Jairo Melo (Auxiliar Cajero) y Luis Eduardo Balcázar (Cajero Auxiliar). También declaró Edgar Augusto Romero (folio 348), Auxiliar de Cartera de "Manufacturas Helio" sobre consignación de $ 402.175.15. Que no se les hubieran hecho las preguntas que les habría formulado el censor en caso de haber desempeñado éste el cargo de funcionario instructor es cosa bien distinta. Parece que el censor pretende insinuar, por lo menos, una conducta negligente en el actuar de dichos empleados, pero, ello en nada incide sobre la comprobación de los hechos y la responsabilidad que por ellos incumbe a los procesados, y menos si se tiene en cuenta que fueron ellos los autores de las violencias al celador y a la caja que reventaron para sustraer su contenido. Las mismas declaraciones que se dejan citadas sirven perfectamente para comprobar la existencia de dineros en esa caja fuerte, y aun sus cuantías, porque son testimonios reiterados y dan cuenta del arqueo de caja que se practicó con posterioridad al asalto. Ese faltante ascendió a la suma de $ 1.010.749.76 y las altas sumas de dinero decomisadas en poder de dos de los sindicados, $ 91.652 y $ 32.770.00, sirven perfectamente para comprobar el apoderamiento que echa de menos el censor, si se tiene en cuenta que de sus actuaciones violentas da cuenta el celador y que se trata de individuos que, por sus condiciones económicas, no pueden disponer, en un momento dado, de efectivo monetario cuantioso. Por estas mismas razones se hace inútil el avalúo que echa de menos el demandante, pues los peritos que hubieran podido designarse para dicho cometido habrían limitado su actividad a la revisión de las actas de arqueo que los empleados del Banco realizaron. Y de ese arqueo dan cuenta quienes declaran para la investigación. Así las cosas, se repite, todo se reduce en la demanda a la repetición de argumentos propios de alegatos de instancia.

Lo anterior en relación con los cargos de nulidad, coincidentes y no coincidentes en las dos demandas. En cuanto al segundo cargo, exclusivo de una de ellas, amén de los múltiples defectos que le apunta el Ministerio Público a la demanda en este campo, se hace preciso aceptar que no se explica lógicamente que en el primero de los cargos el censor dedique todos sus esfuerzos a comprobar la inexistencia de la indagatoria y en éste alegue que hubo error de derecho en su apreciación y ello determinó la condena. Además, los argumentos con que sostiene este segundo cargo son iguales, si bien se miran, a los que le sirvieron para fundamentar una acusación de nulidad en la causal agitada en primer término. Tampoco este segundo cargo puede prosperar.

Ante las múltiples acusaciones de los censores el Procurador Segundo Delegado en lo Penal opta por solicitar, sin más explicaciones, la expedición de copias del proceso "a fin de investigar penalmente la conducta del Juez Sesenta y Tres de Instrucción Criminal por las falsedades que se le atribuyen". La Sala no encuentra dichas falsedades. En consecuencia, no se ordenará expedir copia alguna de este proceso con tal fin. Si los demandantes consideran delictuosas las actuaciones del funcionario instructor bien pueden formular la denuncia correspondiente, previo juramento, claro está.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. NO CASAR la sentencia impugnada.

2. NEGAR la expedición de copias que solicita el Ministerio Público y a la cual se refiere la parte final de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

COMPLICES Y COAUTORES

El numeral 9º del artículo 37 del Código Penal resulta igualmente aplicable a los cómplices y a los coautores

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51 de julio 27 de 1978.

Bogotá, D. E., julio 31 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Se recurre en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 18 de octubre de 1977, mediante la cual se impuso a Eugenio Bastos Bermúdez y Andrés Ramírez Ramírez, por violación del Decreto 1188 de 1974, cinco años de presidio y multa por valor de cincuenta mil pesos.

La impugnación la introdujo Bastos Bermúdez, aunque ahora, como se indicará más adelante, pretende aprovecharla, en forma irregular y desviada, el apoderado de Ramírez Ramírez.

La demanda presentada en favor del citado Bastos Bermúdez, se declaró ajustada a derecho (artículo 576 del Código de Procedimiento Penal) en auto de 16 de mayo del año en curso.

Hechos y actuación procesal

Así los presenta el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"... El 11 de febrero de 1976 las autoridades de policía de Bogotá, sorprendieron a Andrés Ramírez Ramírez y a Eugenio Bastos Bermúdez en el inmueble Nº 82-10 de la calle 35 sur en el momento en que pretendían negociar cinco kilos de cocaína de altísimo grado de pureza, según los dictámenes periciales que obran en el informativo.

"El 23 de noviembre de 1976 Bastos y Ramírez fueron comprometidos en juicio por un delito contra la salubridad pública, decisión que no fue recurrida en apelación.

"El ocho de febrero del año pasado se inició la audiencia pública, la cual culminó en junio siguiente, oportunidad en la que los defensores de los acusados intervinieron activamente en favor de estos últimos. La audiencia se suspendió porque los juzgadores de instancia debieron ocuparse de una solicitud de nulidad del proceso formulado por los abogados de los acusados Bastos y Ramírez.

"Finalmente, como ya se expuso, el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá condenó a Ramírez y a Bastos a cinco años de presidio, cincuenta mil pesos de multa a favor del Tesoro Nacional y a las accesorias correspondientes, pronunciamientos que recibieron plena confirmación por parte del juzgador de segundo grado..."

La demanda de Bastos Bermúdez

Se invoca la causal primera, aparte primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que se desarrolla en cuatro cargos, todos dirigidos a demostrar la violación directa de la ley sustantiva en cuanto a la dosificación de la pena impuesta.

Primer cargo. La presunción de buena conducta no fue desvirtuada y por tanto debía tenerse en cuenta en la determinación de la pena. Pero se desestimó esta circunstancia de menor peligrosidad.

Segundo cargo. Se interpretó erróneamente el numeral 5º del artículo 37 del Código Penal, pues

"bien lejos está de acomodarse esta circunstancia de mayor peligrosidad a la hipótesis delictiva que trae el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, en el alcance de conservar estupefacientes, que es lo imputado" a Bastos Bermúdez.

Tercer cargo. No hay lugar a deducir el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal porque "en realidad, no se trata en este caso, según los hechos dejados como demostrados en la sentencia impugnada, de que el señor Bastos Bermúdez hubiese buscado y acordado la ayuda de otro u otros para la comisión del delito averiguado. En esto no se tiene complicidad alguna, puesto que lo acreditado, según la sentencia, es la conservación del estupefaciente por parte del recurrente.

"Y en la supuesta venta de la cocaína, tampoco puede hablarse de complicidad, puesto que quien la compra, así como quien la vende, incurren, como autores, en la hipótesis de tráfico de estupefacientes.

"Se ha dado, pues, una interpretación errónea al precepto, puesto que se le ha hecho comprensivo de la concurrencia de autores en un delito y la norma del numeral 9º alude al concierto previo del autor o autores con los cómplices.

"En la compra-venta, cabe insistir, ambas partes, comprador y vendedor, concurren en igualdad de condiciones. Y si de un convenio delictuoso se trata, tanto quien compra como quien vende, son autores del contrato ilícito. Toman la calidad de coautores, pero no ninguno, respecto del otro, la condición de cómplice.

"Y la Corte, ocupándose de estas cuestiones, ha dicho que 'no es lo mismo participación principal en el delito que complicidad necesaria' (sentencia 10 de agosto de 1945, *Gaceta Judicial,* Tomo LIX, página 494).

"Es de la esencia de la complicidad el prestar ayuda al autor. Pero si varias personas acuerdan la realización de un delito, en el que todos toman parte, son autores conjuntamente. Y esta autoría común es manifiesta en el tráfico de estupefacientes en el que, como en la situación que se estudia, uno vende y otro compra ...".

Cuarto cargo. Aplicación indebida del artículo 43-3 del Decreto 1188 de 1974, porque "en el ambiente de la delincuencia en el tráfico de estupefacientes a que se ha llegado, en el que ya se habla de toneladas y no de kilogramos, quizá la cantidad de cinco kilos y gramos no corresponde con exactitud, salvo una exagerada severidad, al justo concepto de la cantidad que permite la agravación punitiva que trae el referido numeral 3º del artículo 43 del estatuto mencionado. Así mismo, la calidad de la cocaína hallada no corresponde a lo óptimo de pureza, para que, igualmente, se haga pertinente la intensificación de la sanción aquí señalada, hasta en un año".

La alegación se cierra con la siguiente observación:

"Si como aparece comprobado, no proceden circunstancias de mayor peligrosidad y sí la de menor peligrosidad por la buena conducta anterior del recurrente, lo cual lleva a que se fije como aplicable el mínimo de la pena privativa de la libertad que señala el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, o sea el lapso de tres años de presidio, la intensificación de *dos años* que quedaría, si se mantiene ese término de cinco años impuesto a Bastos Bermúdez, fundada sólo en que la cantidad del estupefaciente llega a un poco más de cinco kilogramos y a que la pureza del estupefaciente dio un 90 por ciento, casi corresponde a la intensificación máxima de las tres cuartas partes prevista en dicho artículo 43, como que dos años, respecto de tres, son en forma precisa dos tercios de aumento de la pena básica.

"Por ello y en la hipótesis de que no prospere este cuarto cargo, la dosimetría del aumento por razón de la agravante específica comentada no puede llegar a dos años de presidio, sino al aumento mínimo, de acuerdo con la sanción mínima que debe tomarse como base, conforme a la regla del artículo 36 del Código Penal y por no concurrir circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor, como es la buena conducta anterior del acusado.

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría

El recurrente, en su *primera censura,* incurre en dos errores: uno, el suponer que el Tribunal omitió considerar la buena conducta de Eugenio Bastos Bermúdez. Por el contrario, en el aparte 3º del fallo, se hace referencia a este aspecto, no obstante figurarle una sindicación por asunto relacionado con el Decreto 1135 de 1970 y exhibir notoria deficiencia probatoria las declaraciones de María Ligia Salazar de Alvarado —folios 182 y siguientes— y Rafael Castro Quintero —folios 194 y siguientes—, únicos elementos indicativos de ese alegado buen comportamiento. Ocurre sí que el sentenciador, en ejercicio de un legal atributo, no consideró del caso neutralizar por esta

discutible circunstancia el efecto de otros adversos motivos de mayor peligrosidad. La segunda equivocación radica en confundir la presunción de inocencia con la ameritada circunstancia de menor peligrosidad. Si bien aquélla, como principio fundamental que es de nuestro estatuto procedimental, actúa de modo permanente en favor del incriminado, al punto que mientras no obre prueba eficiente que la demerite, resolverá dudas, impedirá el mayor valor probatorio de algunos elementos y será razón última para un fallo de absolución, la circunstancia aludida, como todas las que se mencionan en el artículo 38 del Código Penal, exige demostración positiva de su existencia, para concederle el efecto comentado (artículos 386 y 412 del Código de Procedimiento Penal). En otras palabras, el juzgador, mientras no se acredite lo contrario, tiene obligación de presumir inocente al imputado y derivar todas las consecuencias generosas de este principio; pero no puede hacer otro tanto, si no se da prueba al respecto, en cuanto a la buena conducta individual, familiar y social del condenado. Si el proceso excluye su debida comprobación, la circunstancia de menor peligrosidad tiene, necesariamente, que omitirse.

En el caso *sub judice,* un atento estudio de las probanzas, en particular de las citadas declaraciones de la Salazar y de Castro, conduce a dejar de lado lo que se relaciona con la buena conducta de Bastos Bermúdez.

En cuanto al *segundo cargo,* el demandante generaliza demasiado el raciocinio al entender que la conducta delictiva considerada en el fallo —"conservar" drogas que producen dependencia física o síquica— no se concilia con el aspecto de la preparación ponderada. Lo que el artículo 37 del Código Penal dispone es cuestión bien diferente y lógica; las circunstancias de mayor peligrosidad deben desestimarse como tales en cuanto se hayan previsto "como modificadoras o como elementos constitutivos del delito". Y a las claras resulta que el comportamiento sancionado puede obedecer a un bien elaborado plan de ejecución o revelar una conducta causal o improvisada. Cuando se aprecia la forma como actuaron los sentenciados, tiene que concluirse que su obrar criminoso no fue producto del azar o fenómeno repentino, sino empresa ilícita debidamente preparada. No de otra manera se explica la obtención de tan considerable cantidad de cocaína, su conservación adecuada y los bien realizados contactos para obtener la negociación comercial de esa droga.

En lo que atañe al tercer cargo, *la Corte, en pronunciamiento reciente, señaló que el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, resulta igualmente aplicable a los cómplices y a los coactores. El precepto destaca la trascendencia sobre la base de una sola consideración: el plural número de ejecutores o partícipes en el delito. En esa ocasión se dijo: "... no hay ninguna razón jurídica para no comunicar el tratamiento represivo a todos los que intervienen en el hecho, siempre y cuando conozcan ese aporte conjunto, prescindiéndose de distinciones que tienen otro fundamento y consecuencia. De allí que la Corte también haya anotado: 'La circunstancia de mayor peligrosidad del artículo comentado, únicamente se configura por la simple pluralidad de sujetos activos del delito, ya que —este acto— implica una mayor indefensión para el ofendido o perjudicado o también una mayor alarma social ... al* concierto previo *se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la* preparación ponderada *hace relación al modo de ejecución del ilícito' (Gaceta Judicial LXVI, página 520, 1949). El cómplice es un sujeto activo del delito que une, para ciertos aspectos, su voluntad a la del autor. Obvio resulta, entonces, que la mayor alarma social, la anulación de defensas por parte del ofendido, la más eficaz y segura realización del hecho planeando, etc., son puntos que concurren para el cómplice y, por tanto, sirviendo de fundamento a la mencionada circunstancia de mayor peligrosidad, debe deducirse en su perjuicio al momento de dosificar la pena" (sentencia de casación en proceso contra Marwin Ramírez Flórez y otros, por violación al Decreto 1188 de 1974, julio 24 de 1978. Magistrado ponente Gustavo Gómez Velásquez).*

No está por demás reproducir la crítica que la Procuraduría dirige contra la presentación de los dos anteriores cargos. Señala la Delegada que "la técnica propia de este recurso extraordinario falla al acusar la sentencia condenatoria de segunda instancia por interpretación errónea del artículo 37 del Código Penal en sus numerales 5º y 9º.

"Esa forma de violación directa de la norma de derecho sustantivo, como es sabido, sólo ocurre cuando el juzgador acierta en la escogencia de la norma, pero le da un alcance en desacuerdo con su auténtico contenido jurídico.

"En el caso en estudio el demandante, a más de recurrir al análisis probatorio para atacar el fallo de segundo grado, —violación indirecta— reclama la inaplicación de las circunstancias de

mayor peligrosidad ya citadas, todo lo cual desconoce los principios que informan el recurso extraordinario de casación".

La *última de las censuras* no puede ser más improcedente. La cita del aparte pertinente del fallo, serviría, por sí, para descartar toda alegación al respecto y advertir, en forma notoria, lo acertado del juicio del fallador al dispensar la agravante señalada en el artículo 43-3 del Decreto 1188 de 1974. Allí se dijo: "... la droga que se encontraba en la residencia de Eugenio Bastos Bermúdez y que se pretendía *vender o ofrecer en venta* por parte de este sindicado y de Andrés Ramírez Ramírez a *otras personas que no fueron identificadas, pesó más de cinco kilos y su pureza estaba por encima del 90%"* —subraya la Sala—.

Esta calidad y cantidad de droga (ver fotografías de folios 66 y siguientes y 81 y dictamen de folios 128 y 129) obligan, al más benigno e ingenuo de los juzgadores, a considerarla como propia a la agravante que se cuestiona. A este fin, el aumento en las cantidades de droga objeto del ilícito tráfico, no constituye argumento en contra de la acentuación de la pena, como lo recomienda el recurrente, sino que traduce un motivo válido para atender a su severa represión.

Los cargos no prosperan.

La demanda de Andrés Ramírez Ramírez

Este procesado no recurrió en casación. En auto de 16 de marzo del año en curso, la Sala le fijó en forma nítida y categórica la modalidad y alcance de su intervención. Allí se circunscribió ese ámbito procesal cuando se anotó: "... El Código distingue la intervención del recurrente y del no recurrente. La primera se cifra en un poder de impugnación de la sentencia. Como hay disconformidad con el fallo, razón de ser del recurso, el propósito, está constituido porque se case total o parcialmente la sentencia proferida. A esta participación se refiere el artículo 577 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar el traslado pertinente para que se presente la demanda de casación que corresponda. La segunda, la de los no recurrentes, lleva a éstos no a buscar la modificación de la sentencia sino a procurar su mantenimiento, pues su conformidad con la misma la expresaron al no interponer el recurso extraordinario de casación".

Su apoderado trata de renovar ahora, en la demanda, opinión contraria. No encuentra la Sala motivos plausibles para variar esta interpretación que, conviene destacarlo, es noción jurisprudencial y doctrinaria, constante y pacífica. Superfluo resulta repetir argumentos, pues es suficiente lo que se deja transcrito, máxime cuando las hipótesis que se invocan en ese escrito, sobre extensiones oficiosas que ha hecho la Corte de algunas decisiones en favor de no recurrentes (nulidad), no corresponden a las que se pretenden hacer valer en la demanda, pues se limita a reproducir lo alegado en favor de Bastos Bermúdez.

Finalmente, como esta decisión no expresa variación alguna del fallo emitido por el Tribunal, quiere ello decir que no causa agravio alguno a los intereses de Ramírez Ramírez, pues al dejar de interponer el recurso de casación, manifestó su conformidad con esa sentencia condenatoria, asentimiento que no puede desconocer ahora, constituyéndose de plano como recurrente directo y conjunto, con las facultades propias a esta condición.

Bastan estas consideraciones para desestimar este escrito.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en contra de Eugenio Bastos Bermúdez y que está fechada el 18 de octubre de 1977.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS CIVILES AL SERVICIO DE LAS FUERZAS MILITARES QUE COMETAN DELITO COMUN CUANDO EL PAIS ESTA EN ESTADO DE SITIO

Corresponde su juzgamiento a las Fuerzas Militares

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 51 de julio 27 de 1978.

Bogotá, D. E., agosto 2 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

En sentencia de ocho de noviembre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior Militar, se impuso a Marco Antonio López Pérez, por el delito de "violencia carnal" en la menor Ana Bernarda Poveda Rendón, treinta y cuatro meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

En tiempo oportuno se recurrió de esta decisión y se formuló la correspondiente demanda de casación, admitido uno y otro en autos de dos de marzo y veintidós de junio del año en curso, respectivamente.

De los hechos

El fallo acusado expresa la siguiente narración:

"... Se averiguó en autos que en la fecha de octubre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y uno (1971), el entonces Adjunto Segundo Conductor del Ejército Nacional Marco Antonio López Pérez, quien manejaba el automóvil Mercedes Benz CE-10 29 y placas D-38084 al servicio de la Jefatura del Estado Mayor del Comando del Ejército, aprovechando el mismo vehículo aproximadamente a las doce y media del día, obligó a subir al automotor a la menor Ana Bernarda Poveda Rendón, quien esperaba bus en la calle 93 con carrera 38 del barrio Rionegro para trasladarse a su casa de Suba luego de salir de la escuela, acusándola de tomar parte en un robo con unos "melenudos". Después de procurar su convencimiento con respecto a su propósito sexual la transportó hacia el norte de la ciudad desviando a la altura del segundo puente por una carretera alterna, le exigió se retirara sus interiores, la amenazó con su arma de fuego de dotación y la sometió al acceso carnal. Le contó que ya había hecho eso con otras niñas; la llevó al mismo sitio de donde había arrancado y la dejó allí, advirtiéndole que no fuera a decir nada.

"El violador en referencia ya anteriormente había sido procesado, juzgado y condenado por hecho similar, que se descubrió e investigó en la jurisdicción ordinaria ...".

De la actuación procesal

El proceso fue iniciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suba, el 7 de diciembre de 1971 y fue remitido al Comando del Ejército Nacional (Auditoría Superior de Guerra), el 7 de marzo de 1972. El perfeccionamiento de la averiguación se encomendó, entonces, al Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar. Por Resolución número 00179 de 8 de agosto de 1974, se suspendió a López Pérez como adjunto segundo en el servicio de armamento y transporte del Comando del Ejército. En auto de 24 de diciembre de 1975, se abrió causa criminal contra Marco Antonio López Pérez, para responder del delito de "violencia carnal", mediante trámite propio del consejo de guerra ordinario. Como no fue posible obtener su comparecencia, se le emplazó legalmente. Luego se supo que había ingresado al DAS, obteniéndose la correspondiente

suspensión en Resolución número 01180 de 29 de julio de 1976, pero rehuyendo esta dependencia la orden del Comando del Ejército de detenerle en la cárcel La Modelo y no en las instalaciones de ese organismo secreto. Efectuado el juzgamiento en Consejo de Guerra Ordinario, en el cual los tres vocales dieron respuesta unánime de condenación al cuestionario que les fuera propuesto, se profirió la sentencia de 30 de noviembre de 1976, en que se impuso al procesado 30 meses de prisión, fallo que al confirmarse por el Tribunal Superior Militar, sufrió la ya indicada modificación de la pena privativa de la libertad.

De la demanda de casación

Se invocan dos causales.

La primera se refiere a que la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad constitucional (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 26 de la Constitución Nacional). Y se demuestra así:

Cuando ocurrió el hecho delictuoso estaba el país en estado de sitio. Procedía, entonces, lo preceptuado en el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, en lo que éste manda para los civiles al servicio de las fuerzas armadas. Pero el restablecimiento del estado de sitio (Decreto 2725 de 29 de diciembre de 1973) debió llevar el juzgamiento de López Pérez a la justicia y procedimiento ordinarios, con prescindencia de los organismos penales castrenses. "Habiendo adquirido el procesado Marco Antonio López Pérez el derecho a que su situación jurídica se resolviera por parte de los Jueces del Circuito en la Rama Penal por disposición del Decreto 2725 de 1973, ese derecho adquirido no podía ser vulnerado por el 1249 de 1975, que restableció el estado de sitio en todo el territorio de la República" (artículo 30 de la Constitución Nacional).

La segunda advierte la violación de la "ley penal sustantiva por indebida aplicación del artículo 34 del Código Penal, en razón de que el fenómeno de la reincidencia deducida en la sentencia, carece de respaldo probatorio en los autos" (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal).

Al respecto se indica:

"La sentencia condenatoria dictada por el señor Juez Noveno Penal del Circuito de Bogotá, tiene fecha del día 22 de mayo de 1975, y la sentencia del Tribunal quedó ejecutoriada el día 16 de septiembre de 1975, según constancia visible a folio 241, vuelto, y el delito de violencia carnal que se juzga en este proceso fue cometido por el procesado el día 28 de octubre de 1971, es decir, antes de que se iniciara el nuevo proceso por el delito cometido el día 7 de junio de 1974.

"Con posterioridad al 18 de septiembre de 1975, fecha en la cual quedó debidamente ejecutoriada la sentencia dictada por el señor Juez Noveno Penal del Circuito de Bogotá, el procesado no ha cometido ningún nuevo delito, luego la deducción de la reincidencia hecha por el Tribunal Superior Militar carece de respaldo en los autos, al estimar el fallador *ad quem* que se le podía deducir al procesado el fenómeno de la reincidencia por haberse allegado a los autos las copias de sentencia condenatoria.

"No existe en el proceso prueba alguna de que con posterioridad al 18 de septiembre de 1975, fecha en la cual quedó en firme la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá, el procesado haya cometido un nuevo delito, luego al interpretar el honorable Tribunal Superior Militar el artículo 34 del Código Penal en la sentencia recurrida, incurrió en manifiesto error de derecho y en quebranto directo de la ley sustancial por indebida aplicación de la normación ya citada.

"La reincidencia principia desde el momento en que se dicta una sentencia y con posterioridad a su ejecutoria, el procesado comete un nuevo delito transcurridos diez años, y no como lo entendió el honorable Tribunal sentenciador, que el fenómeno surgía a la vida del derecho cuando el responsable de los delitos cometidos en fechas diferentes, el segundo reprimido mediante sentencia condenatoria sin tener en cuenta el fenómeno de la acumulación, podría deducirse en contra del procesado la reincidencia, en razón de que el primero de tales delitos, fallado posteriormente el segundo de ellos, podía reprimirse más severamente aplicando la reincidencia".

De acuerdo con el primero de los señalados cargos, el recurrente solicita "la invalidación del fallo proferido por el honorable Tribunal Superior Militar contra el procesado Marco Antonio López Pérez, para que en su lugar, se ordene que el proceso vuelva al Tribunal de origen para que a su vez sea remitido a la justicia ordinaria a fin de que al procesado se le juzgue mediante el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal ordinario". Y, en relación con la segunda censura, concluye pidiendo que se case el fallo atacado "para que en su lugar se reforme ... y se le aplique ... una pena de 26

meses de prisión que es la pena que en estricto derecho le corresponde'' a López Pérez.

Del concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas

De la primera de las causales reseñadas, anota:

''... El numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar dispone que los delitos comunes cometidos por Militares en servicio activo o civiles que estén al servicio de las Fuerzas Militares en tiempo de anormalidad institucional, son de conocimiento de la jurisdicción castrense.

''Esta norma que fija la competencia para tales casos no deja de cumplir sus efectos por el hecho de que desaparezca la circunstancia que la determinó, o se pierda con posterioridad la calidad militar o civil al servicio de las Fuerzas Militares del agente.

''Cosa diferente ocurre con los delitos comunes cometidos por particulares cuyo conocimiento se le atribuye a la jurisdicción penal militar sólo ocasionalmente en virtud de legislación de emergencia con fines al restablecimiento del orden público.

''Sobre esta materia ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia:

''En conclusión, conforme el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, la Jurisdicción Penal Militar conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes y cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas.

'' 'La Sala acoge el razonado estudio de los académicos de la lengua, y recoge en consecuencia la interpretación diferente que, por el aspecto gramatical, había dado al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, entre otros autos, en los del 14 de febrero y agosto 22 de 1969 y 11 de septiembre de 1970. De conformidad con aquel concepto de autoridad, que la Corte adopta sin ninguna reserva, compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente' ''.

De la segunda, apunta:

''...a) La sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá (folios 229 y siguientes) se dictó el 5 de septiembre de 1975;

''b) Los hechos imputados al procesado Marco Antonio López Pérez, tuvieron ocurrencia el 28 de octubre de 1971.

''Estas circunstancias son demostrativas de que los hechos considerados por el Tribunal Superior Militar, la sentencia impugnada (folios 317 y siguientes) como reincidentes, fueron cometidos con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con lo cual se demuestra la indebida aplicación del artículo 34 del Código Penal, razón por la cual la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, coadyuva la petición del recurrente en el sentido de casar la sentencia, reformando el fallo a fin de imponer la pena que en estricto derecho le corresponde ...''.

De las consideraciones de la Sala

Primer cargo. No acompaña razón al recurrente cuando se propone demostrar el viciado procedimiento a que fuera sometido López Pérez, por resultar incompetente la esfera castrense para conocer de su comportamiento delictuoso. Para el censor, el aparte segundo del artículo 308 del Decreto 0250 de 1958, el fuero allí establecido persiste mientras se mantenga la situación de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior, dentro de los cuales se cometió el hecho delictuoso. Si llega a declararse restablecido el orden público antes de finalizar el juzgamiento pertinente, el proceso debe pasar a la justicia ordinaria y concluirse por ésta. En el caso sub examine *hubo solución de continuidad en el estado de sitio que regía cuando el delito de ''violencia carnal'' se consumó. De donde la actuación se vio afectada de nulidad.*

Este razonamiento corresponde a una situación bien diferente a la que contempla el citado numeral y de allí su improcedencia. Efectivamente, la adscripción a la órbita penal militar de conductas cometidas por particulares, en un todo ajenos al servicio de las fuerzas armadas, *suele condicionarse a que la declaratoria de estado de sitio (artículo 121 de la Constitución Nacional), que origina esos cambios y trastornos en la administración de justicia ordinaria, mantenga su vigencia. Cuando esto no ocurre, la decadencia de este estado de anormalidad determina que tales*

procesos regresen, en la situación procesal en que se encuentren, a los organismos naturales de conocimiento. Pero el evento previsto por la comentada norma es bien diferente a la situación que se deja relacionada. En el artículo 308-2, no se trata de particulares extraños al servicio de las fuerzas armadas, sino de particulares (civiles) que están a su servicio *y que incurren, en época de estado de sitio, en delitos previstos y sancionados por las leyes comunes. En este caso el fuero es inmanente y su permanencia no se condiciona a que se mantenga uno de esos factores de turbación del orden público (guerra exterior o conmoción interior). Basta como requisito de fijación del mismo, que comprende desde la apertura del proceso hasta su definitiva terminación, que se haya cometido el delito común, por ese civil adscrito al servicio de las fuerzas armadas durante el estado de sitio.*

López Pérez era un civil al servicio del ejército y cometió un delito común (violencia carnal), cuando estaba el país en estado de sitio. La justicia penal militar adquirió una inmodificable competencia para juzgarle plenamente.

No prospera la censura.

Segundo cargo. El ataque a la reincidencia, reconocida por el Tribunal Superior Militar, sí es planteamiento válido.

El fallo mediante el cual se impuso veinticinco meses de prisión a López Pérez, por el delito de violencia carnal en Clara Inés Bulla García, *quedó ejecutoriado con posterioridad al mes de septiembre de 1975.* Para poder computar un fenómeno de reincidencia, con base en este pronunciamiento, los hechos delictuosos debían corresponder, en su comisión, a época subsiguiente a esta indicada fecha y sin exceder un término de diez años. Así lo exige perentoria y claramente el artículo 34 del Código Penal ("el que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito ... siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurrir diez años de ejecutoriada la condena ..."). La violencia carnal a que sometiera López Pérez a Ana Bernarda Poveda Rendón, tuvo ocurrencia el 28 de octubre de 1971, es decir, fue anterior al fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no pudiéndose considerar, entonces, como reincidencia. Y la razón de la institución es obvia: el poder conminante de una intensificación de pena si se reitera el comportamiento defictuoso dentro de un determinado tiempo (antes de transcurrir diez años) se entiende hacia el futuro, pero no para hechos pasados. La demora en los trámites de juzgamiento lleva, entre otras consecuencias, a que no puedan acumularse los procesos o a que los aspectos inherentes a la reincidencia tenga que excluirse.

Prospera el cargo. En consecuencia, se detraerá de la sanción lo que corresponda a la reincidencia. En el fallo acusado se lee: "... Debe imponérsele por tanto, la pena correspondiente, esto es la de dos años de prisión contemplada con mínimo en el artículo 316 del Código Penal y en concordancia con el 317 ibídem, aumentada hasta en una cuarta parte; y no tomando la preposición "hasta" en toda su extensión como expresión de cantidad, al relacionarla con la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, es a decir el rapto previo (subsumido discutiblemente en la violencia carnal), aprovechando el vehículo oficial y la utilización del arma de fuego de las características anotadas, o sea con aplicación del artículo 36 ibídem, para obtener un parcial de veintiséis (26) meses de prisión, lo que significa apenas un aumento mínimo de dos (2) meses, debiéndose acrecer este parcial con el cómputo que resulta de la aplicación, así mismo del artículo 34 del Código Penal que reclama para el que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, la sanción que a este corresponda aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoria de la condena. Así pues, con el aumento por este concepto se alcanzará un total de treinta y cuatro (34) meses de prisión, que como pena principal se impondrá al procesado Marco Antonio López Pérez, imponiéndole además las penas accesorias y la obligación de reparar los perjuicios ocasionados con la infracción, tal como lo previene el artículo 92 del Código Penal ...".

La pena quedará entonces, en veintiséis meses de prisión. Es de advertir que el aumento de ocho meses, cumplido en acatamiento equivocado del citado artículo 34, resultó corto e igualmente errado, porque la tercera parte de veintiséis meses, es, en forma exacta, ocho meses, veinte días.

El nombramiento de López Pérez, para servir como conductor en el DAS, no obstante existir dos procesos en su contra por violencia carnal, pesar sobre él una detención preventiva sin beneficio de excarcelación y haber sido suspendido de oficio similar desempeñado en el Comando del Ejército, indica que no se exigió, o fueron falseados o se dejaron de considerar los requisitos propios para tomar posesión de dicho cargo

en ese organismo oficial de investigación, impidiéndose o dificultándose así la privación de libertad que le afectaba. Además, su mantenimiento en las dependencias del DAS, cuando debía estar en dependencias militares o en la cárcel común o declararse insubsistente el nombramiento, demuestra todo ésto que el Jefe del DAS, doctor Guillermo León Linares, pudo incurrir en uno o varios delitos. Esto conduce a que expidan las copias correspondientes para que la Corte, posteriormente, tomó la decisión pertinente. A este efecto se expedirá copias de los documentos que figuran a folios 136, 158, 180, 185, 186, 193, 196, 224 y siguientes, 229, y siguientes.

De ahí que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la opinión expresada por el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASE PARCIALMENTE el fallo acusado, en el sentido de *imponer* a Marco Antonio López Pérez una pena de *veintiséis (26) meses* de prisión y no treinta y cuatro (34) meses de prisión como reza tal sentencia.

Las accesorias sufren la modificación propia a esta reforma.

Expídanse las copias indicadas.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

ERROR DE HECHO

Sus formas

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 56, agosto 17 de 1978.

Bogotá, D. E., agosto 17 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Por sentencia de 14 de marzo del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al reformar la de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Superior de la misma ciudad, condenó a Jaime Londoño Piedrahíta a la pena principal de "treinta y seis meses de presidio, por los delitos de falsedad en documentos y estafa, en concurso material", a más de las accesorias correspondientes. Contra esa determinación interpuso el sentenciado recurso extraordinario de casación.

Resultados y considerandos

Hechos: Con sujeción a la realidad procesal, sintéticamente fueron presentados en el fallo recurrido, así:

"Culminaron en la mañana del tres de octubre de mil novecientos setenta y cinco, en esta ciudad, cuando el procesado Jaime Londoño Piedrahíta, diciéndose llamar Alvaro Marín Vásquez y ser ganadero de profesión, giró el cheque número 1033646 del Banco de Colombia para cubrir la cuenta de once mil ochocientos veintiséis pesos, por concepto de licor, comida y favores femeninos, en el establecimiento de diversión número 27-10 de la carrera 19, donde pasó la noche en compañía de un amigo. Porque el cheque no lo pagó el banco debido a que la cuenta que lo respaldaba había sido anteriormente saldada y, también, a que la firma del girador no coincidía con la registrada por el titular".

Actuación procesal. El 6 de octubre de 1975 el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Bogotá dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, habida consideración a la denuncia formulada por Carlos Alberto Barato Moreno (folios 8 y 5). Se oyó indagatoria al sindicado (folios 16 y siguientes), se practicaron numerosas pruebas. El 9 de octubre siguiente, le fue dictado auto de detención preventiva (folios 22 y siguientes). En reparto, el conocimiento del negocio correspondió al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito, el cual dictó auto ampliatorio de la investigación (folio 35). Una vez cerrada (folio 66), el 28 de enero de 1976 Jaime Londoño Piedrahíta fue llamado a responder en juicio por el delito de estafa (folios 70 y siguientes). Londoño Piedrahíta apeló de esa determinación y subidas las diligencias al Tribunal, esta Corporación, por auto de 10 de abril siguiente, considerando que, a más del delito de estafa también había que tener en cuenta el de falsedad documental, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, inclusive, y dispuso que por competencia fuera el proceso a los jueces superiores (reparto) (folios 90 y siguientes). Fue repartido al Séptimo, el cual abocó el conocimiento y dictó auto ampliatorio (folio 99). Se negó una solicitud de libertad formulada por el sindicado (folios 109 y siguientes). El 28 de junio de 1976, se declaró cerrada la investigación (folio 116), la cual fue calificada por auto de 27 del mes siguiente, mediante el cual Jaime Londoño Piedrahíta fue llamado a responder en juicio "como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa", ambos en concurso material (folios 126 y siguientes). Previo el cumplimiento de los trámites de ley, se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, habiendo dado lugar la última a la interposición del re-

curso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

Tres cargos se formulan en la demanda a la sentencia impugnada: el primero al amparo de la causal cuarta de casación y los dos siguientes a la sombra de la primera. Se estudiarán en el orden en que vienen presentados y, en sus debidas oportunidades se traerá a colación lo pertinente del concepto del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal —Encargado— quien solicita, desde ahora es prudente advertirlo, el que no se case la sentencia recurrida.

Primero. Causal cuarta. Cargo único:

Nulidad de rango constitucional por violación al artículo 26 de la Carta:

Cita en esta norma y argumenta: cuando el Tribunal decretó la nulidad por incompetencia de jurisdicción en el Juez del Circuito Penal que era el competente por razón de la cuantía y cuando éste la declaró cerrada, al conocimiento no había sino el delito de estafa, ya que nadie se había referido al de falsedad. Luego si se presumía la existencia de otro delito, ha debido ordenar el que se sacara copia para proseguir la investigación con relación a este último. Luego el Tribunal violó el artículo 26 de la Constitución, "pues, al declarar la nulidad de lo actuado fue contra las ritualidades de que he dado cuenta, y especialmente en perjuicio del procesado".

La no aplicación del artículo 33 del Código Penal que reglamenta el concurso material y que se estableció para favorecer al procesado, no es causal de nulidad "porque allí mismo se dice que se juzguen 'separada o conjuntamente', de tal manera que hay las dos opciones y ya que, por otra parte, el procesado o su apoderado puede pedir en cualquier momento la acumulación de los procesos, previo el lleno de determinados requisitos procedimentales".

Y, el que los delitos conexos no se lleven bajo la misma cuerda en atención a la norma 39 del Código de Procedimiento Penal, "no está sancionada con nulidad en caso de inobservancia, porque ella puede producirse en el trámite del juicio y, porque debe referirse a los delitos que se están investigando y no a aquellos de los cuales apenas se sospecha.

Finaliza solicitando que se decrete la nulidad a partir del auto en que el Tribunal tomó tal medida.

Se responde el cargo

No es exacto afirmar que hasta el momento de cierre de la investigación en ésta apenas se tuviera conocimiento de la posible comisión de un solo delito: el de estafa. Por el contrario: desde el momento mismo de la denuncia se habló de que también podía mediar el de falsedad documental, ya que cuando se fue a hacer efectivo el cheque girado por quien había dicho llamarse Alvaro Marín Vásquez, por la suma de $ 11.820, el empleado de la ventanilla le manifestó al beneficiario que la cuenta a la que correspondía ese instrumento negociable estaba saldada y que "la firma no era la misma de la registrada" (folio 1). Además, el Banco de Colombia, al protestar el cheque estampó que lo hacía "por cuenta saldada y la firma del librador no concuerda con la registrada girado contra la Cuenta Corriente número 283375-4, cuyo titular es Alvaro Marín Vásquez" (Cfr. folios 2, 29). Y, tan mediaba un principio de investigación por presunta falsedad documental que, acercándose la indagatoria de Jaime Londoño Piedrahíta a su parte final, el juzgado instructor dispuso hacer un dictado al sindicado, lo cual efectivamente tuvo lugar (folio 17), y que debía tener como finalidad la posterior confrontación de su letra con la que aparece como girador del cheque en mención.

Lo anterior pone de presente, lo mismo que la escueta y real presentación de los hechos, la innegable conexidad existente entre el delito de estafa y el de falsedad, materia de estas diligencias. En consecuencia, debía darse cumplimiento al artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Y, como la competencia para conocer del delito de falsedad está radicada en los jueces superiores (Código de Procedimiento Penal, artículo 34), procedió acertadamente el Tribunal al decretar la nulidad que por medio de este primer cargo en estudio se ha querido tomar como generadora de otra de índole supralegal.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo. Causal primera. Primer cargo:

Lo enuncia: "violación de la ley proveniente de interpretación errónea de la misma por error de hecho en la valoración de la prueba (violación indirecta de la ley sustantiva)".

Para sustentarlo, expone: "Acuso a la sentencia por error de hecho en la apreciación de los testimonios de Carlos Alberto Barato Moreno, Graciela Ramírez de Guzmán y Luis Eduardo Méndez, que llevó al Tribunal a infringir los ar-

tículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal", pues en relación con tales pruebas el Tribunal apenas afirmó que "los hechos sobre los cuales se fundamenta el fallo están plenamente demostrados" y que tanto el silencio del sindicado como su inclinación delictiva y su capacidad para delinquir, en atención a sus antecedentes, "fortalecen la acusación directa realizada por el señor Carlos Alberto Barato Moreno y el señalamiento que le hace el perito grafólogo".

Pero, agrega el demandante, Barato se refiere es a Jaime Marín Vásquez y, el Jefe de Cuentas Corrientes del Banco de Colombia, al ver al sindicado, dijo que éste no era Jaime Marín Vásquez, titular de la respectiva cuenta bancaria sobre la cual se giró el cheque. Y, Luis Eduardo Méndez, apenas dice que un señor Marín solicitó y obtuvo servicios en el establecimiento de Barato, pero nada más. Y, Graciela Ramírez de Guzmán manifiesta que un señor que no era Londoño pedía trago y servicios, lo cual descarta a Londoño como autor del delito. Luego, hay duda en favor del encausado que debe resolverse en su favor en cumplimiento del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal y, como no se hizo así, se violó esta norma.

"Por último, el indicio que deduce el honorable Tribunal en su sentencia proveniente del dictamen grafológico, no viene al caso, porque es apenas prueba del cuerpo del delito y no de la responsabilidad del encausado".

Finaliza solicitando se case el fallo acusado y se profiera sentencia absolutoria en favor de Londoño.

Se contesta el cargo

Comparte la Corte la siguiente acertada impugnación que con relación a él formula el Ministerio Público y que recoge, en lo esencial, el reiterado criterio de esta Sala:

"Tal como aparece planteada la censura trataríase de un error de derecho en la apreciación o valoración de la prueba y no de un error de hecho, como equivocadamente puntualiza el recurrente.

"Según la más reciente jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, tres son las formas posibles de error de hecho, a saber:

"1º El sentenciador ignora la existencia de una prueba que, si la hubiese valorado, habría definido el proceso en sentido diferente.

"2º El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderantemente conclusiva.

"3º 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" (casación de Gildardo Londoño Londoño, sentencia del 1º de septiembre del año en curso, entre otras).

"Ninguna de estas hipótesis se da en el caso sub judice *por cuanto el impugnador pretende que la prueba aducida al proceso fue erróneamente apreciada por el juzgador.*

"En desarrollo del cargo se limita a sentar premisas sin lograr demostrar el error en que pudo haber incurrido el sentenciador al valorar los elementos de convicción, ni menos la incidencia manifiesta y preponderante del mismo en las conclusiones del fallo de condena.

"Es decir, que antepone su criterio personal al que tuvo en cuenta el fallador para apreciar el valor probatorio de las pruebas aducidas sin señalar las normas reguladoras de su aducción, ni expresar el concepto de violación. Menos aún, la incidencia del error en la sentencia acusada.

"Tan protuberantes fallas de técnica en la formulación de la censura impiden que ésta prospere".

En consecuencia, el cargo en estudio habrá de desecharse.

Segundo cargo (tercero de la demanda):

Enunciación: "Violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de la prueba": La sentencia impugnada violó indirectamente los artículos 36 y 37, numeral 2º, del Código Penal y 215 del de Procedimiento Penal "por error de hecho en la apreciación de las sindicaciones que al señor Jaime Londoño Piedrahíta le aparecen en el expediente".

Argumenta: las sindicaciones no constituyen antecedentes "motivo por el cual para graduar la pena se debió partir del mínimo, como lo prescribe (sic) de manera terminante, los artículos 36 y 39 del Código Penal, en ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad". Para concluir que ha debido imponérsele una sanción privativa de la libertad de 28 meses de presidio y no los 36 a que fue condenado.

Solicita se case parcialmente la sentencia, "solamente en la sanción a imponer".

Se responde el cargo

El Tribunal sentenciador en ningún momento violó el artículo 37 del Código Penal en su ordinal 2º, ya que en la graduación de la pena, para aumentarla a partir de su mínimo, no tuvo en cuenta esa circunstancia de mayor peligrosidad, sino la 1ª de la misma norma, puesto que en el fallo impugnado expuso: "el delito más grave, por su naturaleza, es el de falsedad y la pena que le corresponde al señor Londoño Piedrahíta como básica, no puede ser la mínima, porque cuenta con antecedentes que, por lo menos, ponen en tela de juicio su conducta anterior. Por consiguiente, se le acuerdan *veintiocho meses* de presidio".

Y luego, por razón de que se había llamado a juicio por falsedad documental y estafa en concurso material, la aumentó prudencialmente en ocho meses, para llegar a un total de 36.

Esa determinación bien podía tomarla el sentenciador habida consideración, además, de lo estatuido en la regla 36 del estatuto penal. Se repite que no se fundamentó el primer aumento en que el sentenciado hubiera incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, sino en sus antecedentes de depravación y libertinaje. El folio 40 del expediente está constituido por las anotaciones delictivas que en el Departamento Administrativo de Seguridad —División de Laboratorios e Identificacaión - Sección Registros Delictivos— le aparecen a Jaime Londoño Piedrahíta.

En consecuencia, no se ve que el juzgador, en uso de la reglada libertad que la ley le confiere, hubiera violado ninguna de su disposición en el señalamiento de la pena impuesta.

De otra parte, si lo que en la demanda se pretendió demostrar fue que el sentenciador dio a determinadas pruebas un valor probatorio del que carecían, entonces se está es frente a un error de derecho en la apreciación de aquéllas y no frente a uno de hecho.

Por tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Habiéndose llegado, con relación a cada cargo, a la conclusión de que ninguno de ellos resulta valedero, habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal —Encargado— y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida dentro de estas diligencias el 14 de marzo del año pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, vuelvan las diligencias a la entidad de origen. Cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDICIOS

Valor probatorio. Un solo indicio no constituye plena prueba, dos o más pruebas incompletas son plena prueba

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 57.

Bogotá, D. E., agosto 18 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de fecha 30 de marzo del año pasado, que confirmó casi en su totalidad, con modificaciones, la de primer grado proferida por el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín de fecha 22 de abril del año anterior, interpusieron recurso de casación los defensores de los condenados Antonio Sandoval Avila y Alfredo Gómez López, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y más tarde declarado admisible por la Corte.

Los apoderados especiales de los procesados, también oportunamente, presentaron las correspondientes demandas de casación, formalmente ajustadas a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron resumidos por el Tribunal en la sentencia impugnada, en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a las pruebas del proceso:

"... La (...) investigación fue iniciada por el Juzgado de Instrucción Penal Aduanera de Medellín, el 13 de noviembre de 1974, para averiguar sobre la presencia en el país de una mercancía aprehendida tres días antes en el Retén de San Cristóbal aledaño a la ciudad de Medellín, que se presumía de contrabando; indagar sobre su origen, los autores de la conducta posiblemente ilícita y la responsabilidad penal que pudiera corresponderles ...".

"... Agentes de la Policía acantonados en el lugar mencionado, detuvieron el camión de placas KB-06 25, de propiedad del Ejército Nacional, que estaba siendo conducido por Orlando Gutiérrez Salazar, con la intervención del Coronel del Ejército Francisco Rincón Márquez, quien ocasionalmente pasaba por ese lugar y observó que los agentes indagaban por la carga transportada que se decía destinada a la Cuarta Brigada ...".

"... El conductor manifestó que traía algunos elementos que debían ser dados de baja, más al descarparse el vehículo por su parte posterior, se advirtió la presencia de cajas de whisky, lo que determinó la captura del conductor y de dos soldados que ocupaban el vehículo ...".

"... Todo permite estimar —dice el Ministerio Público en su concepto último— que de la vecina República de Panamá se despachó un cargamento de mercancías, que se introdujo a Colombia por la región de Urabá y fue depositado en la hacienda La Mejía, próxima al Municipio de Chirigorodó, donde hay una base militar llamada La Maporita ...".

"... Semanas después, seguramente antes de veinte días como declaran jornaleros de La Mejía, determinadas personas comenzaron a sacar por lotes el cargamento, para llevarlo a Medellín al sector comercial de San Diego, de tal manera que son precisos los viajes realizados el veintiocho de octubre, el cuatro y el nueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro. El fin de los objetos transportados en las dos primeras oportunidades, jamás se conoció por-

que lo encubrieron los procesados. En la ocasión postrera el camión que traía, según parece el último lote, fue revisado en el retén de San Cristóbal, hacia las once de la mañana del domingo diez de noviembre y descubierto el matute ...".

"... Debe agregarse que es cuantioso el valor de la mercancía, como que sobrepasa los dos millones de pesos; que personal del Ejército de Colombia intervino en la operación de transporte, participó en la actividad delictiva inicial o facilitó medios para su conducción; que la mercancía resultó de procedencia extranjera sin que fuera reclamada nunca por persona que se reputara dueña y que, por tanto, jamás se presentó documentación que legalizara su presencia en nuestro país ...".

Demandas de casación

1. La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por el apoderado del condenado José Antonio Sandoval Avila, con base en la causal 1ª de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, cargo que desarrolla en los siguientes términos:

"... El juzgador de segundo grado llegó a calificar la conducta de mi mandante, el señor Capitán (r) José Antonio Sandoval Avila, como la de 'copartícipe' en el delito de *contrabando por fuera de las Aduanas* (artículo 16 del Estatuto Penal Aduanero), considerado su proceder como elemento esencial de la ilicitud, en primer grado ...".

"... Y, en consecuencia, lo condenó a la pena principal de *veinte (20) meses de prisión,* mas las penas accesorias de rigor, por lo cual a mi juicio, honorable señor Magistrado, se incurrió en yerro en la apreciación de los elementos probatorios recaudados en el proceso, pues lo único que se desprende como verdad incuestionable en contra de mi mandante es que, en su condición de Comandante de la base Militar 'La Maporita' facilitó un camión de propiedad del Ejército, y que estaba a su cargo, para *transportar* en este una carga que estaba guardada o depositada en la hacienda 'La Mejía', ubicada en un lugar no muy cercano de dicha base, para ser traída a la ciudad de Medellín. Su actitud de prestar el vehículo para tal fin, y las circunstancias analizadas por mi representado en sus diversas intervenciones a lo largo del proceso, junto con otros elementos de juicio a este respecto, lo colocan en autos, como autor del delito de *contrabando impropio* (artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero), pero, nunca, honorable señor Magistrado, como 'coautor' en primer grado del delito de *contrabando por fuera de las Aduanas* (artículo 16 de la misma obra) ...".

"... Esta última disposición señala que ... *quien importe o exporte mercancía de libre importación o de licencia previa, sin presentarlas a las autoridades aduaneras para su nacionalización o despacho o eludiendo de cualquier manera la intervención de ellas, estará sujeto a pena de uno a cinco años de prisión y multa equivalente al valor de la mercancía, pero sin exceder de doscientos mil pesos ...".*

"... Por su parte, la misma obra, en el artículo 18, reza lo siguiente:

"... *Quien oculte, dé o reciba en depósito, o transporte,* enajene, adquiera o posea mercancía de contrabando, *a sabiendas,* incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa equivalente al doble del valor de la mercancía ...".

"... Aun suponiendo, en gracia de discusión, que el señor Capitán José Antonio Sandoval Avila, hubiera facilitado el *transporte* del matute, 'a sabiendas', para lo cual dio órdenes e instrucciones a sus subalternos, el Cabo 2º Juan Antonio García Cañón y a los soldados Jesús María Vélez y Alberto Cortés Sánchez, su conducta encajaría dentro de la tipicidad de *coautor del delito de contrabando impropio,* como ya se dijo, pero no en la ilicitud contemplada en el artículo 16 del Estatuto tantas veces mencionado, como equivocadamente lo afirma el juzgador de segundo grado, en el fallo impugnado ...".

"... Y en tales condiciones es manifiesto yerro atribuir a mi mandante la coautoría de contrabando por fuera de las aduanas ...".

"... En su indagatoria y demás piezas procesales en que intervino dio explicaciones sobre su conducta tratando de justificarla, pero elementos de juicio aportados a la investigación, lo colocaron en otras circunstancias que son las de coautor del contrabando impropio, como lo he afirmado antes, lo cual se desprende de diversos elementos de juicio que, en su oportunidad, se recaudaron por los investigadores ...".

"... Las probanzas sobre el comportamiento del Capitán Sandoval Avila, de facilitar a unas personas para él desconocidas, el camión de propiedad del Ejército Nacional, para que se les transportara una carga de la hacienda La Mejía, en la región de Urabá, con destino final la ciudad de Medellín, sin pedirles ninguna documentación sobre la clase de carga que se iba a

transportar, y el hecho evidente de dar a sus subalternos órdenes e instrucciones para el cumplimiento de esa misión, refuerzan, señor Magistrado, la posibilidad de corroborar, de señalar en cabeza de mi mandante, el elemento 'a sabiendas' de que trata el artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero, pudiéndose calificar su conducta al tenor de esta norma, ya que auxilió a los interesados en dicho transporte para lograr llevar el 'matute' de un lugar dentro del territorio nacional (hacienda La Mejía), a otro sitio dentro del mismo país (ciudad de Medellín). Bien sábese de autos, que cuando mi representado accedió a prestar el vehículo militar para tales menesteres, ya la mercancía de origen foránea se hallaba internada en territorio nacional, ignorándose su procedencia exacta y la fecha de su importación al país, como el lugar donde los contrabandistas la internaron para luego ser depositada en la hacienda mencionada ...".

"... Su participación en los hechos investigados, está palpable al prestar o facilitar el camión para el *transporte del matute* dentro del territorio patrio, cuando éste ya se había introducido al país ...".

"... Los autos no demuestran, en manera alguna, que mi mandante hubiera actuado, ni como autor directo, ni como coautor, en la labor propia de introducir el contrabando, procedente del exterior. Absolutamente ...".

"... Por error manifiesto en la apreciación de las pruebas, se llega a aplicar erradamente la norma que considera el contrabando propio (contrabando por fuera de las aduanas, artículo 16 del Código Penal Aduanero) y se dejó de aplicar el precepto que reprime el *contrabando impropio* (transportar, etc.) artículo 18 de la obra citada) ...".

"... El fallador de segunda instancia, pues, equívocamente aplicó para condenar a mi mandante el señor Capitán José Antonio Sandoval Avila, una norma diferente, a la que se ha debido tener en cuenta, según la verdad procesal ... ".

"... Los elementos de juicio en torno al transporte hecho en el camión al servicio de las Fuerzas Armadas, tales como las declaraciones de los soldados Vélez y Cortés Sánchez, como del Cabo 2º Juan Antonio García Cañón, y del propio conductor Jesús Gutiérrez Salazar, apenas lo comprometen como 'coautor' del contrabando impropio reprimido en el artículo 18 arriba citado, y, en consecuencia, el yerro en la apreciación de los elementos de juicio mencionados, al aplicársele una pena por un delito que no cometió (contrabando por fuera de las aduanas, artículo 16 del Código Penal Aduanero), resalta en el fallo impugnado ...".

"... Error manifiesto al considerar al Capitán Sandoval Avila, como infractor, en la modalidad de 'coautor', del delito contemplado, tipificado y sancionado en el artículo 16 de la obra citada, pues no *importó*, ni ayudó a *importar* la mercancía objeto de la investigación ...".

"... Ni siquiera el expediente registra la prueba fehaciente, juiciosa y ponderada sobre la época en que se 'introdujo' el 'matute' al país...".

"... Ni tampoco la forma como esto se cumplió. Si fue por mar, por aire, por tierra. Y quién o quiénes efectuaron su internación a territorio colombiano ...".

"... Mucho menos, entonces, se puede señalar a mi mandante como 'coautor' de tal importación ...".

"... La norma del artículo 18 tantas veces citado, que, necesariamente debe ser aplicado para enmendar el yerro en que se incurre en la sentencia acusada, es del siguiente tenor ... "*... quien oculte, dé o reciba en depósito o transporte* ..., enajene, adquiera o posea mercancía de contrabando ... 'a sabiendas' ... incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa equivalente al doble del valor de la mercancía ...".

"... Considero, señor Magistrado que esta disposición, en derecho es la que se ha debido tener en cuenta por el juzgador en tales instancias, pero por yerro manifiesto en la evaluación de los elementos de juicio, dejó de tomarse en cuenta ...".

"... Como consecuencia de los yerros anotados, el fallo, como se dijo, aplicó indebidamente la norma sustantiva citada (artículo 16 del Estatuto Penal Aduanero) y, en cambio dejó de tomar en cuenta el precepto que sanciona el *contrabando impropio* (artículo 18 de la misma obra), y el cual dejó transcrito anteriormente ...".

"... Estimo, por último, muy respetuosamente, que la honorable Corte debe proferir el fallo que deba reemplazar la sentencia impugnada, y en este evento, otorgar a mi mandante, el señor Capitán (r) José Antonio Sandoval Avila, el beneficio de la 'condena condicional', por ser pertinente ...".

2. Por su parte, el señor apoderado del procesado Alfredo Gómez López impugnó la sentencia también con base en la causal 1ª de casación, por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, dentro de cuya causal formula cinco diferentes cargos, así:

a) No existe, como lo afirma el Tribunal, relación causal entre las facturas de la empresa "Luminier S. A." de Panamá, encontradas en la oficina del procesado Gómez López y la mercancía incautada:

"... Basta para respaldar esta aseveración tomar en cuenta que si dicha firma 'Luminier S. A.' hubiese exportado la mercancía decomisada, y la hubiese enviado a mi mandante, las facturas, entonces, se habrían hecho a nombre de Alfredo Gómez López, y no de los distintos comerciantes de la ciudad de Medellín, a quienes se pidió al recurrente el favor de cobrarlas ...".

"... De otra parte, no corresponden las fechas de las facturas a ninguna de las fechas de los supuestos anteriores viajes de quienes transportaron mercancías sospechosas hacia Medellín, ni con el que se hacía cuando se hizo la incautación que dio lugar a este proceso, luego ninguna relación se tiene con tales documentos y el delito averiguado ...".

"... Se ha comprobado en estas diligencias, siquiera con algún medio indirecto de demostración, que la mercancía incautada solamente fue exportada a Colombia por la empresa 'Lumier S. A.' de Panamá. Ya se dijo que es una cuestión apenas *imaginada* por el juzgador de segundo grado, esa de que la mercancía decomisada fue despachada a Colombia por la citada empresa mercantil, de Panamá, puesto que de la misma clase de mercancías venden no solamente otros almacenes de Panamá, sino de otros países ...".

"... En consecuencia, la suposición de prueba que ha hecho la sentencia, para darle la calidad de indicio a los papeles de la sociedad 'Lumier S. A.' de Panamá enviados al señor Gómez López y hallados en su oficina, por parte del presupuesto *carente de absoluta* demostración, de que la mercancía incautada según estas diligencias, procedía de esa casa mercantil de Panamá ...".

"... Es que el hecho indicador no puede *consistir* en un supuesto, para luego desprender de ese supuesto, conclusiones como a la que llega el juzgador *ad quem* en la sentencia recurrida ...".

"... *Supone* la prueba el Tribunal Superior de Aduanas, vale decir, *supone* la realidad del hecho indicador, al partir de la base, carente de comprobación, de que la mercancía decomisada procedía de la sociedad 'Lumier S. A.' de Panamá y de ahí desprende consecuencias que jamás tienen ilación lógica: la de que las facturas y cuentas de cobro, enviadas por Jiménez a sus clientes, son cuentas de cobro del señor Gómez López, referidas a la mercancía que iba a recibir por importación por fuera de las aduanas y que fue incautada. Y semejante deducción encuentra el camino del absurdo, puesto que si se trataba de ese supuesto, vale decir, de ventas de la mercancía, cuya importación por fuera de las aduanas se atribuye a mi mandante, mal podían haberse elaborado tales facturas en papel membreteado de la firma 'Luminier S. A.', como aparecen tales papeles a los folios 200 a 237 del cuaderno 04 (según la nueva foliatura), fechadas el 4 de octubre de 1974 (esto es, elaboradas más de un mes antes de que llegaran a Medellín —que no llegaron por ser incautadas— las mercancías que se supone, hacían parte del contrabando averiguado).

"... Ha supuesto una prueba, un hecho indicador, un indicio, el juzgador de segundo grado, partiendo de la base de otro supuesto carente de comprobación, apenas imaginado, de que los dichos papeles se refieren a mercancía importada por don Alfredo Gómez López, ilegalmente (pero elaborados antes de que se tuviese lo que se iba a vender, y se pretendiese cobrar antes de entregar), papeles que por su membrete (las facturas), resultan ajenos a los negocios de mi mandante y sí pertinentes a la firma 'Luminier S. A.', de Panamá; para de ahí desprender una responsabilidad del señor Gómez López, también apoyado aquel indicio en que la mercadería en cuestión fue exportada (la que se decomisó) por 'Lumier S. A.', atendiendo su identidad, como si solamente 'Lumier S. A.' expendiera tales artículos, en forma exclusiva ...".

"... No se trata de suponer la existencia de un hecho. El hecho existe. Lo que se ha supuesto es que ese hecho sea una prueba, tenga el carácter de indicio en lo que es objeto primordial de comprobación ...".

b) El Tribunal ha supuesto las pruebas al tomar como indicio de responsabilidad por los hechos investigados, el papel que aparece dirigido a un tal "Oliverio", encontrado en la oficina de Gómez López.

"... Todo el esfuerzo del juzgador *ad quem* para señalar a mi mandante como autor del escrito sin firma que se examina, resulta sin validez alguna, pues, se repite, *no se tiene en ese escrito* prueba de responsabilidad. Es, sí, un hecho, pero no una *prueba*. Y no lo es, porque ninguna relación causal se desprende de ese dato del informativo, en cuanto a la responsabilidad de don Alfredo Gómez López, en supuesta importación de mercancías por fuera de las aduanas, sin que se sepa cuándo, por dónde, ni cuál es el país exportador y mucho menos la empresa comercial vendedora ...".

"... Es, se insiste, otra suposición de *prueba,* pues un hecho que nada sirve como *indicio,* no es prueba, y si el juzgador lo aduce como tal, como indicio, está suponiendo una prueba, con yerro manifiesto, conforme a la reciente doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia, ya citada ...".

"... Sea que el 'documento' (así mal llamado) proceda de don Alfredo Gómez López (y es curioso que si lo envió a Panamá, apareciera en su oficina de Medellín) y que mi mandante rechaza pertenecerle, o sea lo contrario, *no es prueba* en lo que corresponde a la endilgada responsabilidad de mi representado ...".

c) El hecho de que el conductor Omar Garcés Arango fuera trabajador del procesado Gómez López, No constituye en modo alguno indicio de responsabilidad, como lo afirma el Tribunal, máxime cuando el trabajador se encontraba de vacaciones no solamente para la fecha de los hechos, sino desde días antes.

"... Esta relación laboral, la de que era trabajador de don Alfredo Gómez López, se ha tomado como indicio de responsabilidad de mi representado en el delito que tuvo como objeto material la mercancía incautada el diez de noviembre de 1974. No obstante, y con ello se invalida absolutamente la débil fuerza indicadora del cuestionado hecho, al respecto, se tiene lo siguiente: ...".

"... De una parte, está plenamente comprobado que Garcés se encontraba de vacaciones, no solamente para la fecha citada, sino desde días antes. En efecto, como se anota en el fallo de primer grado, esta circunstancia 'es confirmada por el mismo Garcés y la señorita Piedad Vélez, secretaria de Alfredo, quien, además dice que en la oficina no se llevan libros de contabilidad (folio 781) ...' y que 'Teresita Correa, esposa de Garcés, manifiesta que éste no salió a ninguna parte durante las vacaciones, pues que regresaba a la casa todos los días (folio 880) ...', y que 'Amparo Garcés, hermana de Omar, también da cuenta de las vacaciones de su hermano y que no se enteró que hubiera salido a parte alguna (folio 897) ...', de lo cual 'es algo incuestionable que para el 9 y 10 de noviembre de 1974, este inculpado se encontraba en la región de Urabá, participando activamente en la introducción de un contrabando, como antes quedó anotado' ..., pero 'debe aceptarse lo afirmado por su patrono y cosindicado, Alfredo Gómez, vale decir, que debe partirse de que Omar sí estuvo en vacaciones y por ende aceptarse, también, la manifestación que hace el patrono en el sentido de que no se enteró de lo que su trabajador hizo en vacaciones'. En consecuencia, es manifiesto que dicho Garcés Arango, para la fecha en cuestión (10 de noviembre de 1974), no era trabajador activo de don Alfredo Gómez López, no se encontraba bajo la dependencia de mi mandante, y, como es obvio, la personal responsabilidad de aquél no se transmite a su patrono, solamente porque lo tenía a su servicio, como chofer, servicio interrumpido precisamente para la época de los hechos ...".

"... De otro lado, si el simple vínculo laboral, aún interrumpido en el lapso de vacaciones, puede constituir indicio de responsabilidad de don Alfredo Gómez López, patrón de aquél, igualmente podían señalarse otros vínculos, el de amistad, con otras personas que también tenían relaciones con Garcés Arango, particularmente el señor Esteban Jiménez, socio de la firma 'Luminier S. A.' de Panamá, casa comercial que se supone (si bien no está probado) que despachó la mercancía hacia Colombia, y a quien, con mayor fundamento, podría indicarse como conectado con Omar, en el hecho investigado, tanto más cuanto que en la casa de Garacés Arango se encontraron dos sobres con la etiqueta de la dicha casa comercial 'Luminier S. A.' de Panamá ...".

"... Entonces, el hecho indicador en estudio lleva a distintas consecuencias, a diferentes posibilidades, y en tales condiciones deja de ser un verdadero indicio, para quedar en el simple campo de la sospecha ...".

d) Se incurrió por el Tribunal en error manifiesto de derecho, por falta de aplicación del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, error que llevó a que se profiriera sentencia condenatoria con apoyo en un solo indicio, hipotéticamente aceptado como tal y con la calidad de grave:

"... La sentencia impugnada se apoya en suposición de pruebas y, admitiéndolo con severidad, en un solo indicio, el examinado en el tercer cargo, hipotéticamente admitiéndolo como tal y aún permitiéndole, sin tener, la calidad de grave ...".

"... Pero al procedèr así, el juzgador de segunda instancia, en el fallo impugnado, dejó de tomar en cuenta el precepto del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, como se dejó transcrito, 'un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada' ...".

"... La dicha relación laboral entre Garcés Arango y don Alfredo Gómez López, por jamás, constituye un indicio necesario en lo pertinente a la supuesta responsabilidad del señor Gómez López en el delito de contrabando investigado, y ni siquiera un indicio grave. Recuérdese que indicio necesario (artículo 231 del mismo Código) existe 'cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que habiendo existido el uno no puede menos que haber existido el otro' ...".

"... Y es obvio que en el hecho que se estudia no se tiene como necesaria consecuencia, la responsabilidad de mi mandante, para que, de una parte, pudiera el juzgador de segundo grado darle la calidad de indicio necesario y, así mismo, apoyar en esa única prueba su decisión condenatoria ...".

"... Dejó, pues, de aplicar el juzgador *ad quem* la norma ya transcrita y este yerro de derecho, atinente a la regulación de la prueba, influyó en la indebida aplicación de la norma sustantiva penal que define y sanciona el contrabando por fuera de las aduanas (artículo 16 del Estatuto Penal Aduanero) ...".

"... Este yerro, así mismo, llevó a que se infringiera la norma procesal reguladora de la prueba para condenar, contenida en el artículo 215 del Estatuto Procesal Penal, pues, como se sabe, se requiere tanto la plena prueba del cuerpo del delito como la de la responsabilidad para tomar esa resolución ...".

e) El Tribunal incurrió en error manifiesto de derecho, por falta de aplicación, en la regulación de la pena señalada al procesado Gómez López a que se refiere el numeral 1º del artículo 38 del Código Penal, aplicable al proceso penal aduanero conforme al artículo 7º, en concordancia con los artículos 36 y 39 del Código Penal:

"... Se dice en la sentencia acusada que, 'en cuanto a Alfredo Gómez López se hacen las siguientes consideraciones: en disfavor le aparecen las siguientes circunstancias de mayor peligrosidad: la preparación ponderada del delito, por cuanto es la persona a la cual se halla vinculada toda la organización delictiva, siendo el importador directo de los géneros que resultaron de contrabando; el haber obrado en concierto previo con otras personas, como se demostró en el proceso, y posición distinguida que ocupa en la sociedad, al menos por su riqueza. Por ello la pena básica de un año se aumentará en tres meses, la cual habrá de incrementarse por el valor del contrabando en cinco meses, para un total de veinte meses de prisión' (folios 95 y 96) ...".

"... Si bien, como espero, habrá de casarse la sentencia con fundamento en los cargos inmediatamente antes hechos, puesto que es inocente mi mandante, pongo de presente este yerro en derecho para hacer notar la extremada severidad con que fue tratado procesalmente don Alfredo Gómez López, a quien, ni siquiera, se le tuvo en cuenta su buena conducta anterior, plenamente comprobada en el proceso ...".

"... Y, como se dejó transcrito, la pena privativa de la libertad, por tomar en cuenta el juzgador *ad quem* únicamente las circunstancias de mayor peligrosidad, obviamente discutibles, fue incrementada en tres ...".

"... Se dejó, pues, de aplicar el referido numeral 1º del artículo 38 del Código Penal y no se tuvo en cuenta la norma reguladora del artículo 36, ni el precepto que, sobre el mismo tópico, se encuentra en el artículo 39 de la misma obra ...".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones de los demandantes, fundado en las siguientes razones, como consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche los recursos interpuestos contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas:

1. Respecto de la demanda presentada a nombre del procesado José Antonio Sandoval Avila:

"... Radica el cargo en que por errada apreciación de las pruebas, se llegó a la violación indirecta de la ley sustancial, toda vez que se aplicó la norma relacionada con contrabando por fuera de las aduanas y se dejó de aplicar la relacionada con contrabando impropio, que corres-

pondía a la situación demostrada en concepto del demandante ...".

"... Examinada la demanda, aparece en primer término que adolece de imprecisión, pues si bien se apoya en la violación indirecta de la ley, por cuanto se funda en error de apreciación de las pruebas existentes, no indica si se trata de error de hecho o de derecho, aunque parece se refiere a este último, como tampoco precisa las normas procesales desconocidas y a través de las cuales, se llegó, por la estimación equivocada que afirma, al quebrantamiento de la ley sustancial ...".

"... Las fallas anotadas, conducirían a desestimar el cargo, pues como se expresó se requiere indicar las normas procesales relacionadas con la prueba, cuya errada apreciación produjo su desconocimiento y finalmente llevó a la violación de la norma sustancial que se alega; no obstante lo expresado, se procede a examinar las alegaciones formuladas ...".

"... El argumento en que se apoya el cargo aparece presentado por el señor defensor en varias intervenciones en el proceso y se formuló también en la segunda instancia, habiendo sido rebatido con razones suficientes, en concepto de este Despacho; pues no puede aceptarse que la actividad del oficial del Ejército mencionado, consistiera simplemente en facilitar o ayudar en el transporte o auxiliar a los transportadores, al proporcionar vehículo oficial de que disponía, para el efecto indicado; pues sus descargos iniciales llevan a conclusión diferente, toda vez, que como ya lo han dicho y repetido los funcionarios de instancia, no puede admitirse en forma alguna que de buena fe aceptara prestar el vehículo dicho para el transporte de mercancías cuya naturaleza ignoraba y a individuo que no conocía, con ingenuidad pretendida que no es admisible en persona de sus conocimientos y graduación, con pretexto de prestar un servicio a la desconocida persona y además, con claro quebrantamiento de los reglamentos y de sus deberes como militar; aparte de que dio órdenes a sus subordinados, como comprueba el proceso y aún les proporcionó dineros o gratificación por su colaboración, insinuándoles cómo debían explicar en caso de que fueran interceptados ...".

"... Todo esto, aparte de que anteriormente también se había utilizado el mismo vehículo militar en dos ocasiones para el transporte de mercancías en la misma forma, es decir, desconociéndose su naturaleza y con personas interesadas, permitía fundadamente y con prueba bastante, considerar como lo estimaron los falladores, que este procesado era cómplice necesario en el delito de contrabando por fuera de las Aduanas, como se le condenó por la sentencia impugnada, toda vez que no sólo se valió del medio citado para disimular y auxiliar el transporte de las mercancías introducidas ilegalmente, sino que debía tenerse en cuenta la autoridad que ejercía en la región y que facilitaba o permitía se cumpliera la llegada o introducción de las mismas al territorio nacional ...".

"... Si a través de estas consideraciones y de las pruebas respectivas, llegó el fallador a la citada conclusión, no aparece en qué forma errara, pues por otra parte no se precisan suficientemente las pruebas en que aquél incurriera en yerro, como se hacía necesario y se anotó anteriormente al hacer referencia a la demanda ...".

2. Respecto de la demanda presentada a nombre del procesado Alfredo Gómez López:

a) *Primer cargo.* "... En cuanto a que si la sociedad 'Luminier S. A.' con sede en Panamá hubiese exportado los objetos referidos con destino al procesado, las facturas se habrían hecho a su nombre y no a varios comerciantes y que además sus fechas no corresponden, puede observarse o anotarse, respecto a lo primero, que se trata de supuesto que no descarta la relación que tuviera el acusado con tales mercancías y el acto ilícito que es objeto de juzgamiento, pues podía actuar como intermediario porque en los respectivos documentos se anotaron los nombres de los comerciantes a quienes interesaban, los cuales ejercían su actividad en cuanto a artículos de esa clase, sin que el hecho de que oídos varios de estos comerciantes negaran relación alguna o que se les enviaran demuestre nada o infirme el hecho anotado, pues al admitir tal situación, se verían involucrados en la investigación y por esto no sería esta la forma de verificar tal hecho; además, no se explicaría que las cuentas de cobro las presentara o tuvieran antefirma del procesado, como aparece de los documentos encontrados en su oficina y sobre lo cual se dio la explicación de que se le pidió el favor de cobrarlas, debidamente examinada por el fallador para rechazarla; por manera que tal situación no basta para negar la relación existente ...".

"... Tampoco la alusiva a las fechas, pues las que expresan las facturas obviamente se relacionan con la adquisición de las mercancías en el lugar correspondiente del exterior, sin que la circunstancia de no coincidir con la fecha de la incautación o las de los dos viajes anteriores efec-

tuados en la misma forma irregular por el vehículo militar, lleve a la conclusión indicada o pretendida, ya que las cuentas podían enviarse posteriormente y una vez obtenida la mercancía o recibida por los destinatarios, como se acostumbrara ordinariamente ...".

"... En cuanto a que las facturas se enviaron simplemente para su cobro, por Esteban Jiménez, sin que el procesado accediera a efectuarlo por estar su valor expresado en dólares, lo cual podría ocasionarle dificultades, es argumento que se examinó suficientemente por el fallador, para desecharlo con fundamento, toda vez que se hacía la conversión a pesos, lo cual como anota aquél no daba fundamento a la explicación, aparte de que si no se aceptaba efectuar el cobro, no aparece por qué no cumplió la secretaria de aquél la orden de devolverlas, además de que el procesado no es preciso en su explicación del recibo de estos documentos, pues dijo que se las dejó Esteban Jiménez y después que se le enviaron; y también resulta imprecisa e insuficiente la declaración de la secretaria dicha en cuanto a la forma como se recibieron tales documentos ...".

"... Respecto a la identidad de las mercancías con las que aparecen en las facturas, debe tenerse en cuenta lo que advierte el fallo respecto a coincidir algún nombre anotado en esta última con el que aparece en embalaje de las mercancías, con la coincidencia también de que en el almacén de Mauricio y Mace Antonio Arango, citados en las facturas, se encontraron mercancías similares a las aprehendidas y además, eran sastres del procesado, lo cual implica una relación no explicada suficientemente; en cuanto a los documentos de cobro, aunque no firmados, fueron hallados en las oficinas del acusado y éste dio sobre los mismos la explicación referida, la cual no resulta suficiente, según se dijo; y éste unido a lo anterior, ratifica la relación de tales documentos con la mercancía y por tanto, la existencia del indicio examinado, sin que pueda considerarse aclarada su procedencia —como se expresó— por lo afirmado por la secretaria mencionada, como tampoco por Jiménez, porque éste, como lo dijo el fallador, no explicó la razón del cobro, aparte de que si se relacionaba con las mercancías dichas, tampoco se estableció que entraran legalmente al país, ni aparecen en sus libros anotaciones suficientes ...".

"... Se aduce por el demandante, que la conversión en pesos colombianos en las cuentas de cobro, no resta valor a la explicación del acusado, pues pudo recibir instrucciones de cobrar en dólares, pero esto, aparte de que no se halla demostrado, implicaría que no tenía objeto alguno tal conversión, lo cual no resulta claro, y permite desechar la razón expresada; vistas las otras circunstancias indicadas, la coincidencia en los nombres en las facturas y embalajes, no resultan sin valor alguno, rechazada con fundamento suficiente la explicación del acusado; y aunque mercancías de la misma naturaleza también se vendan en otros almacenes del mismo país citado, en este caso existen las facturas dichas, que por lo anotado guardan relación con los objetos incautados ...".

"... De lo dicho se desprende que las facturas mencionadas tienen el valor del indicio, sin que el fallador haya supuesto esta prueba, ni pretenda derivar del mismo consecuencias o deducciones sin asidero alguno; pues por el contrario; aquél llegó a tal conclusión previo un cuidadoso examen de la prueba, la cual conserva su valor, sin que se demuestre el error afirmado por el recurrente ...".

b) *Segundo cargo.* "... Dicho documento (el escrito hallado en la oficina del procesado dando instrucciones a un tal 'Oliverio') contiene diversas instrucciones, entre estas la de realizar determinada consignación a nombre del procesado, directamente; pero además las órdenes dichas se dieron respecto a personas que guardan relación con el acusado Gómez López, como se anota en el fallo; y debe advertirse que inicialmente éste dijo ignorar a quién se dirigía, para después dar la explicación anotada, lo cual implica que era persona de su confianza, dada la misión de la cual fue encargado y por lo elevado de la suma; y sin embargo, como se anotó, no se logró su citación; y también dicho documento se refiere a consignaciones a favor de la firma 'Luminier' no sólo por orden del procesado, sino de otros relacionados con el mismo; aunque aquél dio la explicación ya anotada, la cual no resultó acreditada en otra forma, debe tenerse en cuenta que en el resto no hizo manifestación alguna, ni a qué correspondían tales consignaciones ordenadas a favor de otras personas, pues encontrándose tal escrito entre sus papeles, se requería aclarar debidamente tal situación ...".

"... Así, no puede aceptarse que se haya supuesto esta prueba, que además hace referencia a la misma firma, citada en las facturas, aspecto ya examinado al responder el cargo anterior; no se demuestra el yerro manifiesto alegado, con la consecuencia de violación de la ley; y aunque se aceptara, subsistirían las otras pruebas examinadas ...".

c) *Tercer cargo.* "... Se ha tratado de demostrar una relación de amistad o negocios con Esteban Jiménez, presunto despachador de las mercancías incautadas; y así existirían diversas posibilidades en cuanto a las personas por cuenta de las cuales actuara Garcés ...".

"... Sin embargo, debe anotarse que este indicio conserva su valor totalmente, pues no obstante lo alegado, tal relación con Jiménez no se acreditó, pues no tienen tal valor los sobres con etiqueta encontrados en la casa del reo citado, aparte de que tampoco puede llevar a admitir tal hecho la forma como se presentaron, consistente en afirmarlo así Garcés en ampliación de indagatoria para presentarlos seguidamente en inspección judicial practicada por tal sugerencia; además de que no se agregó, fuera de lo dicho, escrito alguno; en tal forma, no es admisible que el mencionado dependiente del acusado, cumpliera su actividad por orden de otra persona, como la indicada, ni esta situación puede tener carácter equívoco, en cuanto pudiera atribuirse a uno u otro origen, para restarle fuerza a la prueba y convertirla en simple sospecha, según lo estima el actor, o en una simple posibilidad ...".

d) *Cuarto cargo.* "... Conforme a la norma citada (artículo 230 del Código de Procedimiento Penal) un solo indicio no constituye plena prueba, salvo que sea necesario o presunción legal; en el caso examinado, conforme a las conclusiones a las cuales se llegó anteriormente, examinadas las alegaciones correspondientes, subsisten los indicios aludidos, los cuales apoyan la sentencia condenatoria, aunque ninguno de los mismos pueda considerarse necesarios, ni constituya presunción legal ...".

"... Lo anterior, porque estimados en conjunto y relacionados unos con otros, como debe procederse cuando se trata de esta prueba, ya que no es admisible su análisis separado, llevan a la conclusión citada, sin que sean suficientes para desvirtuarlos las consideraciones de la demanda, en cuanto representan el criterio del demandante enfrentado al del fallador ...".

"... Así, siendo varios, graves y concordantes los indicios referidos, no se demuestra en qué forma incurriera el fallador en el error expresado y dejara de tener en cuenta el precepto citado, como tampoco el artículo 215 del Estatuto Procesal, por cuanto la responsabilidad debe considerarse debidamente acreditada en este caso ...".

e) *Quinto cargo.* "... Aunque se admitiera como suficientemente demostrada esta circunstancia alegada de menor peligrosidad, si bien obra en autos constancia de estar vinculado el acusado a otro proceso (folios 442 y siguientes, cuaderno 1º), no habría lugar a la modificación de la pena impuesta, porque ésta fue graduada por el fallador, dentro de los límites fijado por la norma pertinente (artículo 16, Estatuto Penal Aduanero), partiendo del mínimo y teniendo en cuenta la existencia de las circunstancias de mayor peligrosidad que especificó; como se efectuó por tanto la determinación de la pena, en vista de tales circunstancias, dentro de la amplia facultad que tiene el fallador conforme a la ley, se considera que no hay lugar a modificación alguna y que este cargo, al igual que los anteriores, no puede prosperar ...".

Considerando

a) Demanda presentada por el apoderado del procesado José Antonio Sandoval Avila:

No obstante que, como ya lo ha advertido el Ministerio Público, la demanda adolece de fallas técnicas en la formulación del cargo, que se presenta de manera imprecisa, apoyado en la afirmación de que el Tribunal incurrió en error en la apreciación de las pruebas existentes, sin precisar si por yerro de hecho o de derecho, ni indicar los elementos racionales o jurídicos en que, según el caso, el recurrente debe fundar la impugnación, conviene señalar que tanto la presentación, como el desarrollo y la finalidad de la demanda se circunscriben a la consideración de que el Tribunal ha debido condenar al procesado Sandoval Avila como autor penalmente responsable del hecho de transportar el contrabando dentro del país y no como copartícipe del hecho de introducirlo a él, sin que la Corte advierta discrepancia sustancial alguna entre los hechos declarados por el Tribunal y los admitidos por el recurrente, circunstancia que elimina la existencia de un error manifiesto del juzgador en su reconocimiento y sin que, de otra parte, se presente oposición evidente entre los admitidos por el casacionista y la disposición penal aplicada por el Tribunal, de manera que no existiendo ese divorcio entre el fundamento fáctico y el jurídico de la sentencia, de lo que se trata en la demanda es, en suma, de oponer el alcance que el casacionista da a los hechos (que circunscribe a los consistentes en el transporte del contrabando dentro del país), al dado por el Tribunal (que incluyen tanto el transporte como otros hechos

antecedentes, concomitantes y subsiguientes, de todos los cuales se infiere lógicamente la coparticipación del procesado en la totalidad de la empresa criminal y no en la del simple transporte del contrabando estando ya éste en el país).

La pretensión de reducir la intervención del procesado al sólo traslado de la mercancía de la hacienda "La Mejía" sin haber tenido conocimiento previo de su introducción, ni actuación o participación directa en ella, es argumento que ya había sido presentado por el recurrente en las instancias y extensa y muy fundadamente rechazado por el Tribunal Superior de Aduanas, en cuya sentencia se explica, con atendibles razones, que la conducta desarrollada por el procesado Sandoval Avila antes, durante y luego de la aprehensión del contrabando, no puede minimizarse al extremo de considerarla propia de un simple transportador.

"... En el auto de proceder se ubica la conducta de este procesado dentro del grado de participación a que se refiere el artículo 19 del Código Penal, en los siguientes términos:

"... Artículo 19. El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito ...".

"... En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo ...".

"... Se predica esta complicidad en relación con el delito de contrabando por fuera de las aduanas, descrito y sancionado por el artículo 16 del Estatuto Penal Aduanero (artículo 5º del Decreto 520 de 1971), por cuanto los residentes de la finca La Mejía dan cuenta que este militar estaba enterado desde la llegada de la mercancía, que su conducta no es la de un simple transportador, sino que se le ve dando órdenes, previendo los imprevistos del viaje, repartiendo dineros, concediendo permisos y, en fin, comportándose como si fuera un verdadero dueño. Fuera de ello, es la persona que ejercía el control militar de toda la zona, concurriendo en él esa situación personal que le permitía llegar hasta cerca de la República de Panamá, lugar de donde vinieron las mercancías ...".

"... La mercancía entraba al país bajo la protección militar, siendo el Comandante de ese grupo el Capitán Sandoval. Gustavo Botero González (folio 104 vuelto) en su indagatoria, sobre la forma como llegaba la mercancía a la hacienda La Mejía, dice: '... En ese carro llegaron tres señores, uno alto delgado, *de vestido de militar, con otros dos más de militar también,* allí llegó un señor que le dicen Héctor, en un Jeep, y dijo que colaboráramos en ayudar a sacar ese carro que él nos pagaba bien, con la carga que había ahí; *allí estaban los del ejército,* eso lo dijo delante de ellos ...'. Y luego: 'Otra noche no recuerdo la fecha, pero a la misma hora llegó un carro del Ejército con tres de los ocupantes *que eran militares uniformados* ... y nos dijeron que iban a cargar ese carro, estos militares fueron acompañados con los mismos tres o cuatro hombres que habían acostumbrado ir las veces anteriores ... *la misma gente del Ejército eran sabedores del contenido de la mercancía* porque ellos siendo del Ejército porqué (sic) tenían que ir a deshoras de la noche a mover esa carga,..'. En similar sentido deponen José Evelio Botero, Alcides Mejía, etc. ...".

"... En alegato posterior a la audiencia, el defensor, critica el auto de proceder, anotando que la conducta del Capitán Sandoval es 'completamente ajena a la introducción de la mercancía a territorio colombiano'. Se agrega que 'sin sindéresis, ni lógica, y sin propósito de acertar para aplicar rectamente la ley, se le ubicó a Sandoval Avila, como una de las personas que *importó* la mercancía al país, eludiendo la intervención de las autoridades aduaneras para su nacionalización. Y ello no es cierto'. Insiste en todo su alegato en un hecho central, que el Capitán Sandoval *no importó* mercancía alguna y por lo tanto no puede ser condenado por *contrabando por fuera de las aduanas.* Ante esta instancia volvió a presentar el señor defensor extenso alegato que repite su argumentación anterior, señalando que en el peor de los casos pudiera ubicarse la conducta de su patrocinado dentro de la descripción legal del artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero. Su solicitud es de absolución 'y en subsidio ... se le condene como infractor del artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero *(contrabando impropio),* y dada su buena conducta anterior se le conceda la gracia de la condena condicional; ...' ".

"... El señor Fiscal del Juzgado, en su alegato, lo considera, por el contrario, como 'coautor' del delito en primer grado ...".

"... Existe un hecho cierto y plenamente probado en el proceso, que nos ha de servir de punto de partida: *se importó al país mercancía* perteneciente a diferentes regímenes, sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización, eludiendo, en cambio su presentación ante los funcionarios respectivos. Sobre esto no cabe

duda. Parte de ese volumen de mercancía fue aprehendido en las inmediaciones de Medellín y parte en la hacienda La Mejía. Los bienes fueron reconocidos y avaluados, siendo de procedencia extranjera. Nadie ha acudido a reclamarlos y menos a presentar la documentación que demuestre su legal internación al país. Conclusión: desde este aspecto estamos frente a un contrabando por fuera de las aduanas ...".

"... Al Capitán Sandoval se le llamó a juicio, o mejor se acogió la acusación fiscal, no porque hubiera sido *importador,* como parece creerlo el señor Defensor, pues, en verdad, en ninguna parte del proceso se ha dicho que él *importó* la mercancía. Ese no fue el cargo que se le hizo. Como ya se vio él se refiere al contrabando *por fuera de las aduanas,* pero no en calidad de *autor,* sino de acuerdo con el artículo 19 del Código Penal transcrito ...".

"... La complicidad se predica de un delito; para que jurídicamente pueda hablarse de cómplice, que es lo accesorio, debe estar probado lo principal que es el delito. En este caso se está predicando una conexidad de la conducta de *Sandoval* en relación con un hecho principal delictuoso: *contrabando por fuera de las aduanas.* Es muy sutil la diferencia entre coautores y cómplices necesarios a que se refiere el artículo 19 del Código Penal, que tienen inclusive hasta la misma sanción, de tal suerte que una inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos ...".

"... En este evento, la mercancía era traída de la República de Panamá, como se halla demostrado en el proceso, e introducida al país por su zona limítrofe, que era precisamente la encomendada al Capitán Sandoval para su vigilancia. La importación de mercancía comprende una serie de actos que van desde su compra y transporte en territorio extranjero, hasta su internación en el país de destino. En verdad no existe ninguna prueba que demuestre que el Capitán Sandoval en forma personal hubiera viajado a Panamá y participado en la primera parte del reato. Pero es incuestionable, como lo demuestran las pruebas comentadas, que gracias a su personal situación, de ubicación y de mando, se pudo cumplir con la efectiva internación de las especies a la hacienda La Mejía, para su posterior distribución dentro de nuestro suelo ...".

(Folios 152 a 157, cuaderno del Tribunal).

Como en forma reiterada lo ha dicho la Corte a lo largo de más de treinta años, para que prospere el cargo consistente en haber incurrido el fallador en error en la apreciación de las pruebas es indispensable que en el proceso aparezca protuberante o, siquiera, notoriamente, que el juzgador de instancia dio a aquéllas una estimación que en nada se ajusta o corresponde a lo que lógica o jurídicamente se desprende de las que obran en el expediente, "pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales" (sentencias de 28 de marzo de 1946, LX, 267 a 27 de febrero de 1970, CXXXIII, 198).

No prospera, pues, el cargo.

b) Demanda presentada por el apoderado del procesado Alfredo Gómez López:

Con apoyo en la causal primera, el señor apoderado del procesado Gómez López formula a la sentencia del Tribunal de Aduanas cinco diferentes cargos, los tres primeros por errores de hecho, consistentes en dar valor probatorio a circunstancias puramente casuales, probatoriamente irrelevantes, y los últimos por errores de derecho, consistentes en la falta de aplicación de disposiciones procesales que el Tribunal debía considerar y que de haber aplicado le habrían llevado a la absolución del condenado o, cuando menos, a una disminución de la pena que le fue impuesta.

1. No demuestra el casacionista, en primer término, que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos, limitándose a controvertir la fuerza indiciaria dada por aquella Corporación a los elementos fácticos demostrados del proceso, sin demostrar que el razonamiento lógico utilizado por el Tribunal no establezca en absoluto, esto es, en forma que aparezca ostensible y manifiesta, relación alguna de casualidad entre los hechos conocidos y los inferidos por el juzgador.

a) En el primer cargo, el demandante afirma que no existe relación causal entre las facturas encontradas en la oficina del procesado y la mercancía incautada (aquéllas y ésta procedentes de la misma empresa exportadora de Panamá), pero sin demostrar, en modo alguno, la inexistencia de esa relación, a la que opone diversas suposiciones personales, algunas de las cuales no tienen cabida en tratándose de hechos delictuosos sino de actividades legítimas, como la de que si la firma exportadora hubiese exportado realmente la mercancía al procesado, habría puesto a nombre suyo las facturas correspondientes y no a nombre de los comerciantes de Medellín, con

quienes aquél las negociaba, como aparece demostrado; o como la de que las fechas de las facturas no corresponden a la del descubrimiento del delito, sin embargo, de que aparece plenamente acreditada la estrecha relación entre aquellas fechas y las de las actividades desarrolladas previamente por los procesados para adquirir, financiar, introducir al país y transportar a Medellín la mercancía; o como la de que no está demostrado que los artículos incautados sólo sean exportados a Colombia por la firma que envió los introducidos de contrabando, etc., consideraciones todas las cuales llevan al casacionista a negar valor probatorio al hecho indiciario, de indiscutible valor, respecto del cual el Tribunal dijo que, en asocio de otros y de las varias circunstancias relacionadas con aquél, permiten señalar inequívocamente al procesado Gómez López como importador intermediario de la mercancía.

No sólo fueron halladas las facturas en la oficina del procesado, en efecto, sino que éste era amigo de Esteban Jiménez, quien tenía bodegas en Panamá para el manejo de carga de exportación y quien estuvo en Medellín para agosto o septiembre de 1974, esto es, para la época en que aparecen expedidas las facturas (octubre de 1974); que algunos de los comerciantes destinatarios del contrabando cuyos nombres aparecen en los embalajes de la mercancía incautada son amigos del procesado y Mauricio y Marco Antonio Arango, sastres de Gómez López y de su socio Joaquín Ananía Builes; que éste era o había sido socio de la firma exportadora en Panamá y amigo para la fecha de los hechos de Esteban Jiménez, socio a su vez y director de la firma.

Este cúmulo de vigorosos elementos de convicción aparece resumido en la sentencia del Tribunal en los siguientes términos, de cuya sólo lectura se advierte su extraordinaria fuerza probatoria:

"... Para no repetir la prueba, digamos en primer lugar que en la mercancía aprehendida se advierte el distintivo de remisión 'Luminier S. A.', de Colón Panamá, Apartado 2116, como puede verse a los folios 273, 318, 331, 366, 471, 472, 480, 481, 484 y 500, siendo toda de procecia extranjera. ¿Qué relación tiene Gómez con esa mercancía? En primer término, la firma remitente, como se vio, no le es desconocida. La dirige su amigo Esteban Jiménez, quien lo visita frecuentemente en Medellín, a éste pertenece el apartado mencionado; ha enviado dólares para consignaciones a órdenes de Jiménez, fue socio de 'Luminier' el socio de Gómez; aparecen en su poder facturas para cobros relacionados con mercancías de 'Luminier', en relación con personas que figuran dentro de la mercancía aprehendida, o que son personas a él vinculadas por relaciones comerciales o personales y, aparece su antefirma en las mencionadas cuentas ...".

(Folio 184, cuaderno del Tribunal).

b) En el segundo cargo, el demandante afirma que el hallazgo en la oficina del procesado de una nota con instrucciones precisas y detalladas sobre la actividad que un agente de aquél debía cumplir en Colón, descubierta junto con las facturas de la firma exportadora, no constituye, tampoco, prueba indiciaria alguna de la responsabilidad de Gómez López.

El casacionista sólo expresa, sin embargo, para negar todo valor probatorio a este hecho, la circunstancia de que con él no se acredita cuándo fue adquirida la mercancía, ni por dónde se introdujo al país, ni cuál fue el país exportador, ni tampoco cuál la empresa vendedora, de manera que el demandante asila este hecho de los demás acreditados del proceso, con desconocimiento del hallazgo conjunto de las facturas y de que las personas a quienes se refieren las instrucciones dadas en el escrito son Horacio Builes Gómez, hermano de Joaquín Ananías Builes, quien es a su vez socio y amigo de Gómez López; Adolfo Gómez Giraldo, quien es hijo de Gómez López y el propio Gómez; y con desconocimiento, igualmente, de que en el escrito se dan instrucciones para entregar a la firma exportadora de las mercancías incautadas la suma de seis mil dólares (US$ 6.000.00).

La inconsistencia del cargo, por la insularidad en que se coloca el hecho indiciario y por la debilidad de los argumentos en que se apoya la crítica, es evidente.

c) En el tercer cargo, el demandante afirma que el hecho de que el conductor de uno de los vehículos utilizados para asegurar el exitoso transporte del contrabando fuera, a la vez, conductor al servicio del procesado desde dos años antes no constituye, tampoco, prueba alguna indiciaria de que la mercancía había sido introducida y era transportada por órdenes y bajo la responsabilidad de aquél, máxime, dice el casacionista, cuando el trabajador se encontraba a la sazón y desde días antes en uso de vacaciones.

A más de que, aún en el Derecho Laboral, no se extingue o se suspende la relación contractual patrono-trabajador porque éste se encuentre de

vacaciones (derecho que emana precisamente de la existencia de esa relación obrero patronal) y de que aún hallándose de vacaciones el conductor del procesado estuvo varias veces en la oficina de éste en Medellín, como aparece demostrado (lo que permite estimar que las vacaciones no fueron absolutas, sino relativas a la conducción del vehículo particular de su patrono), incurre aquí también el casacionista en el defecto de criticar este hecho con absoluta independencia de las demás pruebas del proceso, que se refuerzan recíprocamente, y en el de desplazar el comportamiento ilícito de los procesados al campo de las relaciones puramente civiles, laborales o comerciales.

Sin embargo, procesalmente aparece demostrado que el conductor Omar Garcés Arango estaba subordinado al procesado Gómez López; que para la fecha de la comisión del delito, en uso o no de vacaciones, estuvo visitándole en su oficina; que con bajísimos ingresos mensuales, propios de su empleo, estuvo no obstante, comprando reses, "arreglando" dificultades en los retenes por donde se conducía el contrabando, cubriendo los gastos que se presentaban y, en fin, comportándose no como el asalariado que era del procesado, sino como su agente.

Por lo demás, como lo advierte el Tribunal, el proceso da cuenta de que el conductor del procesado, desde antes de salir a vacaciones y, desde luego, antes de ser capturado, ya había estado en la hacienda "La Mejía" y llevado los primeros cargamentos del voluminoso y cuantioso contrabando a Medellín.

El exhaustivo, analítico y sólido estudio realizado por el Tribunal respecto de las pruebas existentes en el proceso y su resultado, vistas en conjunto, demuestran plenamente la responsabilidad penal del procesado Gómez López.

No prospera, en consecuencia, ninguno de los tres cargos hechos a la sentencia, por un supuesto error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

2. *Por las mismas razones, no prospera el cargo cuarto, formulado a la sentencia en el supuesto de que el Tribunal dio a un solo indicio el valor de plena prueba y de que, en consecuencia, violó el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal.*

La demanda se funda, en efecto, sobre la premisa equivocada que se hace consistir en que el fallador de instancia condenó al procesado Gómez López con apoyo en un solo indicio, cuando, como acaba de verse y en su oportunidad lo advirtió el propio Tribunal, la sentencia se motiva en una serie de indicios, relacionados entre sí, tres de los más graves han sido materia de la impugnación, la suma de los cuales constituye prueba plena o completa de la responsabilidad penal del procesado.

Si es cierto, en efecto, que un solo indicio no constituye plena prueba, porque es prueba incompleta, es también cierto que dos o más pruebas incompletas son prueba plena o completa si los hechos que la constituyen están acreditados debidamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal).

Tampoco prospera el último cargo, formulado a la sentencia en el supuesto de que el Tribunal omitió considerar como circunstancia de menor peligrosidad la buena conducta anterior del procesado, en parte porque en el expediente hay constancia de que éste se halla vinculado a otro proceso (folios 442 y siguientes, cuaderno número 1), y en parte, también, porque como ya lo ha advertido el Ministerio Público, la pena fue correctamente dosificada por el fallador, con sujeción y dentro de los límites establecidos en el artículo 16 del Estatuto Penal Aduanero, como bien lo advierte el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal "partiendo del mínimo y teniendo en cuenta la existencia de las circunstancias de mayor peligrosidad que especificó (efectuando) la determinación de la pena, en vista de tales circunstancias, dentro de la amplia facultad que (para hacerlo) tiene el fallador conforme a la ley".

No hay, en consecuencia, fundamento legal alguno para la modificación de la pena y el cargo, como los anteriores, carece de fundamento.

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, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 30 de marzo del año pasado por el Tribunal Superior de Aduanas dentro de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

(Ordinal 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal)

No se puede alegar en los juicios en que interviene el jurado de conciencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 58.

Bogotá, D. E., agosto 24 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 18 de mayo del año pasado que confirmó, sin modificaciones, la de primer grado proferida por el Juzgado Segundo Superior de El Espinal, interpusieron recurso de casación el condenado Luis Javier Muñoz Fernández y su defensor, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte.

El defensor del procesado, también oportunamente, presentó la correspondiente demanda de casación, formalmente ajustada a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron resumidos por el señor Fiscal Segundo del Tribunal en los siguientes términos, que la Sala estima acordes con las pruebas del proceso:

"... la noche del 27 de diciembre de 1974, Antonio Cabezas fue requerido en el área urbana del Guamo por tres individuos con el fin de contratar un viaje expreso hasta las inmediaciones de la hacienda Catarma. Aceptado el trato, Prada Cabezas tomó la carretera denominada "Explánicas" con su automotor en compañía de sus presuntos clientes. Una vez colocados a la altura del sitio Catarma, los ocupantes exigieron al infortunado conductor abandonar la vía central para tomar un carreteable que conduce a varios parajes de aquella región y cuando habían recorrido un corto trayecto, uno de los pasajeros hizo parar el automóvil con la estratagema de que iba a quedarse allí, mientras que otro de los pasajeros con puñal en mano procedió a intimidar al conductor. Cuando éste observó que se trataba de actos atentatorios contra su integridad física y quizá contra sus bienes, no halló otra solución que desenfundar su pistola y dispararla para repeler la agresión de que era víctima, resultando gravemente herido el individuo que a la postre se logró identificar como Luis Javier Muñoz Fernández, cuya captura se logró por los efectivos del F-2 de la Policía después de una persistente labor ...".

"... Cuando Prada Cabezas recurría a los medios que tenía a su alcance para rechazar la agresión de que era objeto, uno de los protagonistas del hecho le asestó grave herida, lo que hizo que la víctima cayera fuera del vehículo y a un lado de la vía. Este momento fue aprovechado por éstos para realizar la huida en el automóvil hacia Bogotá, llevándose la pistola, un reloj y el dinero de aquél ...".

(Folios 316 a 317, cuaderno principal).

Demandas de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por el defensor del condenado con base en la causal 1ª de casación, por interpretación errónea de los hechos, a causa de haber estimado como prueba la confesión del procesado sólo en lo desfavorable a él y, por tanto, al estimar plenamente demostrada su responsabilidad,

sin estarlo, lo que, además, llevó a proferir un veredicto claramente contrario a la evidencia de los hechos.

El recurrente desarrolla el cargo en los siguientes términos:

"... La sentencia recurrida interpretó erróneamente los hechos al tener en cuenta la confesión del procesado Luis Javier Muñoz Fernández únicamente en lo que desfavorece. El principio de la indivisibilidad de la confesión se quebrantó en la sentencia, pues el hecho añadido por Luis Javier Muñoz Fernández como explicación de su confesión es inseparable del hecho confesado y porque además la confesión no es indivisible si existe en el proceso como lo admite la sentencia otras pruebas que coinciden con el hecho confesado ...".

"... Así mismo la sentencia impugnada, interpretó de manera errónea los hechos al no excluir de la responsabilidad que le fuese encontrada a Luis Javier Muñoz Fernández, lo correspondiente a las circunstancias materiales que agravan los hechos base de la misma sentencia ...".

(Folio 9).

"... me atrevo a afirmar que el honorable Tribunal de Ibagué, interpretó erróneamente los hechos en relación con la conducta de Luis Javier Muñoz Fernández como participante, desechó en forma manifiestamente equivocada los hechos añadidos por el confesante Muñoz Fernández para explicar su confesión, equivocación que contraría la realidad de lo sucedido y demostrado en autos en todo lo que se refiere a la participación o presencia de Luis Javier Muñoz Fernández en el acaecer delictuoso. Al desechar la sentencia el hecho añadido por Muñoz Fernández para explicar su confesión que hizo para auxiliar grandemente a la justicia y no como recurso defensivo, quebrantó el principio de indivisibilidad de la confesión, porque el hecho añadido era y sigue siendo inseparable del hecho confesado, y, porque además la confesión no es indivisible si existe en el proceso, como lo afirma la sentencia impugnada, otras pruebas que coinciden con el hecho confesado ...".

"... Dos consideraciones de estudio se me vienen a la memoria al terminar de escribir esta demanda frente a los vientos de renovación de jurisprudencia que parece dan calor al sagrado estamento de la honorable Corte Suprema de Justicia: una, la primera, la explicación de muchas de las variadísimas formas en que se puede incurrir para dar lugar a la invocación de la causal de casación por interpretación errónea de los hechos que escribió como recuerdo de su paso por la más alta Corporación, el ex Magistrado de la Corte, doctor Eduardo Fernández Botero; y, la otra, la segunda, el deleitable discurso que el 6 de agosto de 1975 y para ser recibido como Académico de Número en la Academia Colombiana de la Lengua, con el ilusionante tema de 'La Justicia en el Quijote', pronunció el inefable Magistrado doctor Mario Alario Di Filippo ...".

"... *Conclusión:* Como consecuencia de lo escrito, la sentencia acusada violó, en cuanto se refiere a Luis Javier Muñoz Fernández, por interpretación errónea de los hechos, por no aplicar la norma legal que debió aplicar o porque la aplicó mal: los artículos 362 y 363 en sus ordinales 3º y 5º; artículo 7º Ley 21 de 1973, 402 y 404 del Código Penal y artículos 8º y 9º Ley 21 de 1973 y artículo 22 del Código Penal; y los artículos 215, 217, 236 y 565 del de Procedimiento Penal y artículo 33 del Código Penal ...".

"... *Petición.* Escrita y demostrada así la impugnación, pido respetuosamente a la honorable Corte que *case* la sentencia demandada, del Tribunal Superior de Ibagué, y en su lugar resuelva: que la sentencia por errónea interpretación de los hechos está basada en un veredicto dimanado del Jurado Popular que en lo que se relaciona con Luis Javier Muñoz Fernández es claramente contraria a la evidencia de los hechos en su conducta; que la sentencia contiene interpretación errónea de los hechos en lo que se refiere a Luis Javier Muñoz Fernández en quien no se reunieron las condiciones de saber y querer en su participación en los hechos delictuosos; o, que ateniéndose la Corte a la aplicación de su constante jurisprudencia, según la cual hay responsabilidad en el copartícipe cualquiera que sea el grado de participación, en consideración al artículo 22 del Código Penal, resuelva que la sentencia contiene errónea interpretación de los hechos al no considerar que Luis Javier Muñoz Fernández participó en los hechos sin conocimiento de las circunstancias materiales, condenándolo a la pena principal de 10 años y a las accesorias consiguientes como responsable de hurto simple y homicidio simple, delitos de los cuales fue sujeto pasivo Antonio Prada Cabezas ...".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante fundado en las siguientes razones, co-

mo consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué:

"... La demanda se ocupa en examinar la confesión vertida por el sindicado Muñoz Fernández, para concluir que fue erróneamente apreciada por el sentenciador, pero en ninguna parte se expresa si el yerro constituye error de hecho o de derecho en la apreciación de la misma, ni menos se señalan los preceptos reguladores que se suponen infringidos ...".

"... Los argumentos aducidos para pedir la infirmación del fallo fueron expuestos por el mismo profesional en las instancias y rechazadas con razonamientos jurídicos que comparte este Despacho y que no es preciso reproducir en este caso (ver folios 468 y siguientes) ...".

"... Pero al margen de toda consideración al respecto, basta tener en cuenta —para rechazar la impugnación— que la explicación que de los hechos dio el sindicado Muñoz Fernández fue materia de amplio debate en el auto de proceder y de manera especial en la audiencia pública, acto en el que fue examinada por las partes, apreciada y valorada en conciencia por el jurado ...".

"... Y es que resulta francamente improcedente y equivocado aducir violación indirecta de la ley penal sustancial en juicios con intervención del jurado de conciencia, toda vez que en esta clase de procesos —como lo ha recordado en forma infatigable y repetida esa honorable Corporación—, no es posible invocar como motivo de impugnación la apreciación errónea o falta de apreciación de una prueba, porque el juez de conciencia tiene libertad de aceptar o rechazar los elementos de juicio sometidos a su consideración; porque la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, porque el estudio de las pruebas sólo podría conducir a la declaratoria de contraevidencia de éste, labor reservada por la ley a los juzgadores de instancia y, finalmente, porque la injusticia del veredicto no está contemplada como motivo de casación ...".

"... Así, pues, pretender la reapertura de un debate probatorio que culminó en la audiencia pública para pedir la contraevidencia del veredicto —que por lo demás fue negada en las instancias—, es planteamiento francamente equivocado e improcedente a través del recurso de casación ...".

"... Bastan estas breves consideraciones para concluir que los cargos formulados contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué no pueden prosperar ...".

(Folios 23 a 24).

Considerando

Como inveteradamente lo ha sostenido la Corte, de acuerdo con la ley, en los juicios en los que interviene el jurado de conciencia resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sobremanera cuando el ataque se formula por violación indirecta de la ley sustantiva, sea que se haga por apreciación errónea, ora se funde en falta de apreciación de alguna o algunas pruebas, ya se alegue que se dio a estas un mayor alcance del asignado por la ley, fundamentalmente porque en los juicios en que interviene el jurado éste no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están, por regla general, los jueces de derecho, de modo que los jueces populares gozan del más amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta (a la de su) personal conciencia" y sin otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se (les) interroga" (artículo 560 ibídem).

De otra parte, gozando, como goza la decisión del jurado de conciencia de la presunción de veracidad que la ley le ha otorgado (que califica de veredicto, es decir, declaración de la verdad), contra ésta no puede oponerse por los jueces de derecho, sino la declaración de contraevidencia (artículo 565 ibídem), sólo posible en las instancias y ajena, por consiguiente, al recurso de casación.

Como ya lo ha advertido el Ministerio Público, la demanda formulada a nombre del procesado Luis Javier Muñoz Fernández pretende reabrir un debate sobre el valor de las pruebas del proceso, que ya fue cumplido durante el desarrollo de la audiencia pública de la causa, debate como resultado del cual el jurado de conciencia declaró la responsabilidad penal del procesado como autor de los hechos que le fueron imputados en el auto de proceder y Muñoz más tarde condenado por el juez del conocimiento, acogiendo en su integridad el correspondiente veredicto.

La demanda es, en consecuencia, claramente improcedente, por manifiesto error en la invocación de la causal alegada.

De la abundante jurisprudencia invariablemente sostenida por la Corte al respecto, es de

una claridad meridiana la siguiente de 19 de agosto de 1972:

"... En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden 'en privado', en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma, ya que le está vedado 'tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces' (Código de Procedimiento Penal, artículos 536, 560 y siguiente). Y la sentencia en esos mismos procesos 'se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate' (ídem, artículo 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia que sólo puede ser declarada por el juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del estatuto procesal penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo Código. Pero la declaratoria de contraevidencia escapa a la competencia de la Corte ...".

"... De ahí que ésta, en varias ocasiones haya expuesto: ...".

"... no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate ...".

(Casación Penal, agosto 19 de 1972).

Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez.

No prosperan, pues, los cargos.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 18 de mayo del año pasado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

Falsedad

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 58.

Bogotá, D. E., agosto 24 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Se encuentra demandada en casación la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 23 de abril de 1977, que reformó parcialmente el fallo de primer grado, proferido el 7 de octubre del mismo año y condenó a Gerardo Restrepo Posada y a Hernando Martínez Huertas a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias de rigor.

La Corte reproduce a continuación los antecedentes, la actuación procesal y el resumen de los cargos formulados a la sentencia recurrida, tomándolos literalmente de la versión que contiene la vista fiscal emitida por el Procurador Primero Delegado en lo Penal en 24 de febrero último.

Antecedentes

En denuncia presentada el 23 de diciembre de 1971 ante el Juez de Instrucción Criminal (Reparto) de Medellín, la señora María Angel de Gutiérrez, propietaria del inmueble conocido como "Vega Santana", ubicado en el paraje "El Cucaracho", Corregimiento "San Cristóbal" de esa jurisdicción, manifestó que el citado predio fue prometido en venta al señor Hernando Romero Forero, quien por una u otra razón incumplió la promesa. Por esa época las llaves de la finca eran retenidas por el señor Gerardo Posada Restrepo, quien esgrimiendo fútiles motivos y valiéndose del mayordomo o administrador le impidió a ella y a su abogado, el doctor Víctor Cardona Pinilla la inspección y vigilancia del inmueble.

En desarrollo de averiguaciones adelantadas por este profesional se vino a establecer la existencia de un ficticio contrato de arrendamiento suscrito por ella y el señor Hernando Martínez Huertas, el 2 de abril de 1971, el que aparecía protocolizado en la Notaría Novena de Bogotá, mediante Escritura pública número 5289, otorgada el 8 de octubre del mismo año.

El contrato en cuestión estipula que Martínez Huertas trabajó ininterrumpidamente al servicio de las sociedades "Posada y Gutiérrez Limitada" y "Ganadería Magdalena Limitada", de propiedad de la denunciante, desde el 21 de julio de 1948 al 2 de abril de 1971 (fecha de su celebración); es decir, 23 años, y en él aparece ésta como supuesta arrendadora reconociendo a favor de Martínez Huertas una obligación de $ 90.000, por concepto de cesantía, horas extras y pensión de jubilación durante el tiempo que trabajó a su servicio, cediéndole a título precario la finca "Vega Santana" por un lapso de cinco años, o sea, 60 meses, con un canon mensual de $ 1.500.

Afirma la señora María Angel de Gutiérrez la falsedad del escrito con base en las siguientes consideraciones: se ignora el lugar de celebración del contrato y para el 2 de abril de 1971 ni el supuesto arrendatario estuvo en Medellín, ni la denunciante viajó a Bogotá; la primera hoja del contrato es mecanografiada al paso que la segunda es impresa y corresponde a uno de esos modelos que expenden las agencias de arrendamiento sin que la serie y numeración de aquella guarde alguna aproximación con esta; el arrendatario Martínez Huertas como "empleado incondicional" de Gerardo Posada Restrepo sabía que éste compró para sí y para su hermana

Helena "la totalidad del interés social" que ella tenía en las Sociedades "Ganadería Magdalena Limitada" y "Posada y Gutiérrez Limitada", mediante Escrituras públicas números 1406 del 8 de marzo de 1959 y 1407 del 18 de marzo del mismo año, otorgadas en la Notaría Cuarta de Bogotá; y, para firmar semejante "ex-abrupto" sería menester que estuviera "demente", pues sólo así se explicaría que diera en arrendamiento un inmueble que vale más de un millón y medio de pesos por sólo mil quinientos pesos mensuales.

Y agrega que no firmó el contrato —cuya fotocopia acompaña a la denuncia—, explicando que si su firma aparece allí consignada "sencillamente se trata de lo siguiente: o fue agregada, en forma habilidosa, en la segunda hoja del pseudo-contrato visibles a folio 3, es decir, que se tomó la segunda hoja de algún contrato de arrendamiento firmado por la suscrita, con relación a una de mis propiedades, y se le adjuntó a la primera hoja del ficto contrato de arrendamiento, visibles a folios 2 y 3. Si cuanto acabo de expresar no tuvo operancia, entonces, sencillamente, fue calcada mi firma ...".

Ratificada la denuncia y practicadas varias diligencias, por auto del 29 de diciembre del mencionado año, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Medellín inició la correspondiente investigación en desarrollo de la cual, se establecieron, entre otros, los siguientes hechos:

Los señores Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada Restrepo constituyeron en Bogotá tres sociedades de responsabilidad limitada, entre ellas, las conocidas como "Posada y Gutiérrez Limitada" y "Ganadería La Magdalena Limitada", al servicio de las cuales trabaja como contabilista el señor Hernando Martínez Huertas.

En agosto de 1958 murió trágicamente el primero de los nombrados, circunstancia que produjo la disolución de las sociedades. Pero en marzo de 1959 la cónyuge supérstite María Angel de Gutiérrez, mediante escrituras públicas otorgadas en la Notaría Cuarta de Bogotá vendió al socio Posada Restrepo y a su hermana Helena "la totalidad del interés social" que le correspondía en dichas empresas, quedando "libre y exonerada de toda responsabilidad" respecto a la primera y dejando de "formar parte" en cuanto a la segunda.

Tiempo después, la señora de Gutiérrez valiéndose de los servicios de su abogado, el doctor Luis César Pereira Monsalve proyectó dos contratos de arrendamiento de su finca "Vega Santana", uno con Gerardo Posada, quien ejercía marcada influencia sobre ella por ser su consejero y asesor en asuntos de negocios: y otro, en que éste, a su turno, subarrendaba dicho bien a Florentina Ruiz de Correa "Alias Tina", proyectos que no cristalizaron en razón de que aquélla se negó a entregar a ésta el inmueble porque allí pensaba montar un prostíbulo.

Según expresa el abogado, los contratos fueron elaborados en papel sellado "sobre modelos impresos en linotipos", de los que expenden al público haciendo notar que en ellos sólo aparecía la firma de doña María Angel de Gutiérrez y que los originales le fueron entregados a ella y a Posada Restrepo, personalmente (folio 36 del cuaderno 1º). Sin embargo, a los autos se allegó únicamente el celebrado entre Posada y la Ruiz de Correa (folios 12 y 13 del cuaderno de la Parte Civil).

Mediante prueba grafológica se estableció la autenticidad de la firma puesta por la denunciante en el documento tachado de falso.

El contrato aparece consignado en dos hojas de papel sellado: la primera que contiene onerosos gravámenes para la denunciante fue confeccionada mecanográficamente en una hoja vendida en Soacha (Cundinamarca) y la segunda, que lleva la firma de la "arrendadora" corresponde a un modelo impreso en caracteres estereotipados puesta en circulación en Medellín (folios 7 y 8 del cuaderno número 1).

Oídos en indagatoria los sindicados Martínez Huertas y Posada Restrepo proclamaron de consuno la legitimidad del contrato de arrendamiento y de la causa que lo originó. Coinciden en afirmar que la señora de Gutiérrez dio en usufructo al primero de los nombrados el inmueble de su propiedad allí especificado, por el término de cinco años para que lo explotara y se pagara la suma de noventa mil pesos aceptada por esta última como contraprestación de los servicios prestados por Martínez Huertas. Discrepan si en cuanto a la elaboración del documento, pues mientras Posada Restrepo sostiene que fue traído a Bogotá por la arrendadora en dos ejemplares originales listos para ser firmados, Martínez Huertas explica que el contrato fue confeccionado en las oficinas que aquél tenía en esta ciudad, en presencia suya, de testigos actuarios y de las partes contratantes (folios 157 y 190 vuelto del expediente).

Por los hechos que se dejan reseñados, el Juzgado Octavo Superior de Medellín, en providencia del 30 de julio de 1975 comprometió en jui-

cio a los procesados por falsedad en documento privado y uso del mismo, al tenor de lo normado en los artículos 240 y 242 del Código Penal, en armonía con el 231, ordinal 6º del mismo estatuto, predicando de ellos la coautoría en ambas infracciones; pronunciamiento que apelado por la defensa fue confirmado por el Tribunal Superior en el suyo de 1º de abril de 1976 (folios 371 y siguientes y 610 y siguientes).

Rituado el juicio dentro del cual se practicaron otras probanzas y celebrada la audiencia pública sin la presencia de los acusados —declarados reos ausentes—, se dictó por el juzgado del conocimiento la sentencia del 7 de octubre de 1976, mediante la cual fueron condenados a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias correspondientes; fallo confirmado por el Tribunal Superior con algunas modificaciones, por el que es objeto del recurso de casación.

Las demandas

En ambos libelos se invoca la causal primera de casación con fundamento en la cual, se impugna el fallo recurrido de haber quebrantado de modo directo la ley penal sustancial, por aplicación indebida de los artículos 231, ordinal 6º; 233, 240 y 242 del Código Penal.

Primer cargo. Lo hace consistir el defensor de Posada Restrepo en la inexistencia del documento como objeto material de la falsedad, por no reunir los elementos esenciales que lo integran.

Previo el análisis jurídico de los elementos esenciales del documento, —objeto material de la falsedad—, y con apoyo en los fundamentos de la sentencia, especialmente en aquella parte que califica de "engendro" el escrito tachado de falso haciendo resaltar "su palmaria desarticulación conceptual", la incoherencia y desarmonía de su contenido; en lo expuesto por el doctor Perea Monsalve en el sentido de que el proyecto de arrendamiento que se dice celebrado entre Gerardo Posada y la viuda de Gutiérrez únicamente aparecía firmado por ésta, y en la negativa del sindicado respecto a la existencia del proyectado contrato, se fundamenta la censura en estas consideraciones:

El escrito redargüido de falso no es un "documento verdadero" como lo exige el artículo 231, ordinal 6º del Código Penal y cualquier modificación o alteración de su contenido resulta indiferente al objeto jurídico tutelado por la ley.

El documento cuestionado "es un verdadero enredo, un acertijo, por lo incoherente e inconciliable de sus cláusulas, que le quitan todo poder de engaño y de fuerza probatoria" pues, carece de significación jurídica y de la aptitud probatoria requeridas para demostrar un hecho o un acto de importancia en las relaciones sociales y el tráfico jurídico.

Su tenor literal no guarda unidad jurídica, armonía conceptual y lógica en las estipulaciones allí consignadas, puesto que se juntaron "dos fracciones de actos jurídicos sustancialmente distintos, como son el contrato de arrendamiento y el contrato de anticresis", lo que le quita al documento su fuerza probatoria y su capacidad para inducir en error y ocasionar perjuicio.

En efecto, a pesar de que en la primera hoja —escrita a máquina— se habla de "arrendamiento", es lo cierto que se trata de un típico contrato de anticresis, toda vez que se declara que la señora María Angel de Gutiérrez entrega la finca "Vega Santana" para pagar con sus frutos las prestaciones sociales debidas al acreedor Hernando Martínez, manifestaciones de voluntad que caracterizan la anticresis según las voces del artículo 2458 del Código Civil.

Sin embargo, la hoja impresa que contiene la firma autógrafa de la denunciante, ensamblada a la primera, según el Tribunal Superior, para producir efectos jurídicos, contiene estipulaciones propias del contrato de arrendamiento que en nada armonizan con las consignadas en aquella.

La anticresis como contrato real y solemne debe constar en escritura pública y sólo se perfecciona con la tradición del inmueble seguida de la inscripción del título en la oficina de registro; mientras que el arrendamiento de bienes raíces que es meramente consensual se perfecciona por el consentimiento de las partes y se prueba con documento privado.

"Luego es por demás claro —arguye el actor— que el contenido del escrito tachado de falso, que trata de conciliar lo inconciliable, es un verdadero 'engendro', como dice el Tribunal, esto es, algo tan irregular e inaceptable, que no tiene ninguna relevancia jurídica, ni es apto, por lo mismo, para servir de prueba de un derecho o de una relación jurídica. Y careciendo de estas cualidades, que son esenciales en todo documento, el objeto material de falsedad es inexistente".

Por lo demás, siendo el arrendamiento un contrato bilateral que impone obligaciones recípro-

cas a las partes contratantes, el documento que prueba dicho acto jurídico debe aparecer suscrito por quienes en él intervinieron, pues sólo así se garantiza su autenticidad y se le imprime fuerza probatoria, como se desprende de los artículos 252, inciso 1º, numerales 2º y 3º y 269 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al Procedimiento Penal por remisión del 8º de este Estatuto; el último de los cuales estatuye que "los instrumentos no firmados por la parte a quien se opone, *sólo tendrán valor* si fueren *aceptados expresamente* por ella o sus causahabientes"; hipótesis que no se da en este caso, toda vez que la segunda hoja del escrito tachado de falso —que el Tribunal afirma ser la correspondiente a la parte final del arrendamiento celebrado entre Posada y la señora Gutiérrez no contiene la firma del sindicado, quien por lo demás, niega haberse celebrado.

"Luego —afirma el demandante— ese trozo de papel no puede calificarse de verdadero documento, por faltarle su tenor completo, su autenticidad y su valor como medio probatorio de un acto jurídico".

Correspondiendo la hoja mencionada a un proyecto de arrendamiento que no se realizó no obstante contener la firma auténtica de doña María "carecía del poder mágico de convertirse en un documento verdadero", como lo exige el artículo 231, ordinal 6º del Código Penal, aplicado indebidamente en la sentencia recurrida".

Termina el recurrente planteando la hipótesis de un delito imposible de falsedad por inidoneidad de los medios empleados (artículo 18 del Código Penal), la que se apresura a descartar en razón de que la modalidad delictuosa por la cual se juzgó y condenó a su representado consistió en hacer en un documento verdadero cualquier intercalación o alteración que varíe su sentido y de que la hipotética falsedad que plantea presupone la existencia de un "documento verdadero".

A su turno, el personero judicial del procesado Hernando Martínez Huertas sustenta la impugnación en términos similares:

Arguye en efecto, que no es necesario recurrir a la prueba para advertir por simple observación, que el escrito que obra a folio 8 del expediente, no corresponde en rigor legal a un documento verdadero, pues en ninguna de sus "estereotipadas cláusulas, impresas en imprenta" se menciona como parte interviniente en el contrato de arrendamiento a Gerardo Posada, quien no lo suscribe ni aceptó, por lo que resulta claramente inexacta la afirmación del sentenciador, sentada como premisa fundamental de la incriminación, de que "en documento verdadero se hizo sustancial intercalación o alteración que varía radicalmente su sentido".

Por documento verdadero —para fines penales— debe entenderse el escrito que contiene declaraciones de trascendencia jurídica, idóneo para probar una situación de derecho y tratándose del que consigna un contrato de arrendamiento, debe ostentar las "cláusulas propias de la naturaleza del acto y, además, las firmas o signos de identificación de las partes obligadas, sin que baste la de una de ellas, dada la bilateralidad del contrato".

Contrariamente a lo que se predica en la sentencia, no existió documento verdadero que ligara a la señora de Gutiérrez como arrendadora y a Posada Restrepo, como arrendatario, pues, el que se tuvo como tal "era apenas un proyecto de documento, un instrumento incompleto, no apto para servir de prueba de ningún derecho ni de ninguna obligación, imponible a Gerardo Posada Restrepo y sin valor respecto a éste, que no lo ha aceptado, ni a nadie, por su imperfección de forma".

Por consiguiente, se aplicó indebidamente al caso *sub judice*, el artículo 231, ordinal 6º del Código Penal, y en armonía con este, el artículo 240 ibídem, toda vez que la acción de "composición material", o de "injerto" no se consumó en un "documento verdadero", completo, auténtico, regular en su forma, idóneo para servir de prueba de un hecho o de una relación jurídica relevante, como lo exigen perentoriamente aquellas normas.

En esta hipótesis de falsedad el escrito materia de la acción del falsario debe ser originariamente un documento, en el rigor jurídico del vocablo, cualidad que no se predica del escrito que obra en autos.

"Además —continúa— trátese de la intercalación o de la alteración, en un documento verdadero (completo, auténtico, trascendente en derecho), la adición o modificación al texto original, a más de ser importante y de desvirtuar la manifestación de voluntad con capacidad ofensiva para el derecho ajeno, debe conservar la apariencia del documento, de tal manera que no lo destruya esencialmente. Porque si la acción ejecutada sobre el escrito es de tal naturaleza que resulta un 'engendro', un acertijo, un tenor sin coherencia, ininteligible, contradictorio, sin aptitud probatoria y, por consiguiente, inidóneo

para lesionar los distintos bienes que la ley tutela en la falsedad documental, es entonces equivocado hablar de falsedad por alteración en el escrito del ordinal 6º del artículo 231".

Segundo cargo. En la demanda presentada a nombre de Posada Restrepo, aparece así enunciado y desarrollado:

Suponiendo la existencia de un verdadero documento, este perdería su esencia de tal por referirse a un contrato solemne, como es la anticresis, que requiere escritura pública inscrita para su perfeccionamiento.

La anticresis es contrato real que se perfecciona con la entrega o tradición del respectivo bien. Cuando recae sobre un inmueble, la tradición se cumple mediante la inscripción del título en el registro (artículo 756 del Código Civil).

Según los términos del artículo 2458 de la misma obra, exige dos condiciones: existencia de una obligación anterior y entrega del inmueble para pagar con sus frutos la deuda pendiente.

De las estipulaciones consignadas en la primera hoja del escrito tachado de falso (folio 7), surge la figura de la anticresis, porque allí se reconoce una obligación anterior a cargo de la deudora anticrética (María Angel de Gutiérrez), proveniente del reconocimiento de prestaciones sociales a favor de Martínez Huertas, y a la vez, se la da a este en pago de esa deuda, los frutos naturales y civiles de la finca "Vega Santana".

Hoy en día aparece superada la vieja controversia de si es o no contrato solemne la anticresis, con la vigencia del nuevo Código de Comercio que en su artículo 1223, inciso 1º, dispuso que "son aplicables a la anticresis las normas relativas al derecho real de usufructo, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de aquella"; mandato legal que equipara el usufructo a la anticresis cuando afecta bienes inmuebles.

Como ambos actos jurídicos (anticresis y usufructo), conceden al acreedor un poder directo sobre los frutos, un derecho real, *in re;* los dos se identifican y les son aplicables el artículo 826 del Código Civil, conforme al cual "el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito".

Así pues, el nuevo Código de Comercio elevó la anticresis a la categoría de contrato solemne cuando recae sobre inmuebles y su perfeccionamiento sólo se obtiene mediante escritura pública inscrita.

No importa que en el escrito se hable de "arrendamiento", y no de anticresis "pues las cosas existen cuando concurren en ellas los elementos que constituyen su esencia, y no cuando se les da arbitrarias denominaciones".

Si la anticresis constituida sobre inmuebles requiere escritura pública y esta no se hace, debe aplicarse el artículo 1760 del Código Civil.

Plantea el demandante el caso traído por el doctor Romero Soto en su obra "La Falsedad Documental" en el sentido de que si el documento no prueba el acto jurídico solemne, bien puede demostrar "actos distintos que no exijan como requisito esencial la escritura pública", evento en el cual, si el documento es falsificado en esa parte y hecho valer, existe la posibilidad de perjuicio, y por lo tanto la falsedad.

Pero se apresura a descartar esta hipótesis porque las declaraciones de voluntad contenidas en la primera hoja del escrito redargüido de falso "son todas ellas atinentes a los elementos constitutivos de la anticresis" y "están directamente vinculadas a la solemnidad del contrato". No son, en consecuencia, cláusulas extrañas a la esencia y naturaleza del pacto, que pudieron implicar "actos distintos que no exijan como requisito esencial la escritura pública".

Concluye que faltando la escritura pública inscrita exigida para constituir un acto jurídico solemne, este acto y su correspondiente documento anómalo desaparecen jurídicamente: el acto o contrato por su ausencia del escrito *ad solemnitatem,* y el documento impropio para el caso, por carecer de valor probatorio para demostrar la declaración de voluntad o la atestación de verdad consignada en su tenor *(Quod Nullum est nullum habet effectum).*

Demostrada así la inexistencia del cuerpo del delito, por faltar el objeto material de la falsedad (el documento), el sentenciador violó los artículos 231 ordinal 6º, 240 y 242 del Código Penal, los que aplicó a hechos ajenos a los contemplados en dichas normas.

Y en el libelo impugnatorio presentado a nombre del procesado Martínez Huertas, hace su autor las siguientes consideraciones sobre el particular:

"Se juntaron, como atinadamente observa el defensor del señor Gerardo Posada en su demanda, en forma por demás torpe, fracciones de cláusulas propias de un contrato de anticresis, con cláusulas pertinentes a un contrato de arrendamiento, y resultó como dice la misma denun-

ciante, con su sentido común, un 'exabrupto', o un 'engendro', como lo califica el Tribunal, sin mérito jurídico alguno, sin condiciones para engañar a nadie de mediana inteligencia, y sin valor alguno para oponerlo en juicio, no solamente por la torpe hechura del escrito sino también porque, como lo anota el colega en su acusación a la sentencia con argumentos que hago míos, la anticresis sobre inmuebles, cuyas características predominan en el escrito tachado de falso, es un contrato solemne, que requiere para su constitución escritura pública, a voces de los artículos 2458, 2460 y 756 del Código Civil, en relación con el artículo 1223 del Código de Comercio y el 826 del estatuto primeramente citado. Y en los actos o contratos que requieran instrumento público para su vida jurídica, éste no puede suplirse por otra prueba; 'y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal', que no tendrá efecto alguno, todo ello por prescripción del artículo 1760 del Código Civil.

"Siendo cierto, como lo es, que en el conjunto del desarticulado escrito de los folios 7 y 8 prevalecen las estipulaciones del contrato anticrético sobre las del arrendamiento, el *nomen juris* del acto tendría que ser el de anticresis, aunque las partes le hubieren dado otra denominación, pues la naturaleza de las cláusulas es la que hace surgir, a términos de la ley civil y de la doctrina, la nominación del acto. Y si la anticresis sobre inmueble —característica que tiene— la finca 'Vega Santana', que según el enigmático escrito del folio 7 se entrega en usufructo para saldar una deuda que allí se reconoce —requiere como elemento de su esencia, *ad solemnitatem*, escritura pública registrada, el escrito sobre el cual versa este proceso, de índole privada, sería completamente inane, jurídicamente inexistente, aparte sus vicios de forma, y como el 'documento' jurídicamente inexistente no prueba nada, no podría existir el delito de falsedad, puesto que es la 'aptitud probatoria del acto' la que constituye el objeto jurídico de la protección penal" (folios 67 y 68 del cuaderno de la Corte).

Tercer cargo. Lo enuncia así el defensor del procesado Posada Restrepo:

"Dada la absurda confección del escrito tachado de falso, ninguna de las formas de falsedad previstas por el artículo 231 del Código Penal es aplicable a los hechos investigados".

En desarrollo de la censura examina el actor las formas falsarias descritas en la norma citada para concluir que ninguna de ellas se da en el presente caso ni es imputable a su representado.

Respecto a la modalidad prevista en el ordinal 6º consistente en hacer "en un documento verdadero cualquier intercalación o alteración que varíe su sentido" —cargo por el cual fue llamado a juicio y condenado el procesado—, después de transcribir el texto completo de la segunda hoja del escrito tachado de falso que contiene la firma auténtica de la señora María Angel de Gutiérrez —documento verdadero sobre el cual, según el Tribunal—, se hizo la intercalación o alteración para variarle su sentido, explica que ese "descabezado escrito" habla en sus parciales cláusulas de "arrendador y arrendatarios", sin precisar quiénes son; y se desconoce totalmente cuál fue el inmueble arrendado y su identificación, es decir, no aparece determinado el "objeto" del contrato, elemento sustancial de todo acto jurídico, a términos de los artículos 1502 y 1517 del Código Civil; la firma de Martínez Huertas nada tiene que ver con el contrato de arrendamiento que se dice celebrado entre doña María Angel y Posada Restrepo, quien no aparece suscribiéndolo.

"En consecuencia —agrega—, al escrito ameritado le faltan su genuino contenido, su unidad contractual, su fuerza probatoria y la firma de una de las partes contratantes, omisiones éstas fundamentales que lo hacen inexistente.

Y tan evidente es lo anterior, que si tal escrito —segunda hoja— se presentara como título para ejercer la acción de lanzamiento, el juez lo rechazaría de plano, porque no sabría a quién o a quiénes notificarles la desocupación del inmueble ni cómo identificarlo.

Concluye pues, que hubo manifiesto y directo quebranto de la ley (artículo 231, ordinal 6º del Código Penal), por aplicación indebida, al dar el Tribunal por existente un "documento verdadero" que la realidad procesal rechaza.

La brevedad de este concepto impide hacer siquiera una esquemática presentación de los argumentos jurídicos expuestos por el recurrente respecto a las demás hipótesis delictivas de que se ocupa el artículo 231.

Sobre ellas se tratará más adelante, si fuere necesario.

Cuarto cargo. Aparece enunciado por el defensor del procesado Gerardo Posada como la "inexistencia del cuerpo del delito de falsedad en documento privado, por faltarle el elemento

sustancial atinente al perjuicio o daño proveniente del uso del escrito tachado de falso''.

Para sustentarlo, aduce el recurrente en síntesis, los siguientes razonamientos:

La falsedad entendida como la inmutación dolosa de la verdad en daño potencial o efectivo de alguien, es delito ''pluriofensivo'', porque ataca varios bienes jurídicos tutelados por la ley: la fe pública, la aptitud probatoria del documento y los derechos o relaciones jurídicas que este garantiza.

El perjuicio que comprende el daño material y el moral —aunque en la práctica el falsario persigue el puramente económico—, debe incidir en las tres clases de bienes tutelados pues, si no concurre en todas ellas el delito desaparece.

Y esto es lo que ocurre en el caso *sub examine,* toda vez que demostrado que el escrito tachado de falso no es un documento, resulta evidente que dicho escrito ''carecía de toda potencia'' para producir daño en los tres bienes que lesiona la falsedad. Tan cierto es lo anterior, que la denunciante al negar que hubiera firmado ese ''exabrupto'', a no ser que se tratara de una ''demente'', ''tonta'' o ''ingenua'', puso de manifiesto la ineptitud que tenía el ''papel'' para engañarla y perjudicarla en sus derechos.

Sólo el uso del documento privado consuma el delito de falsedad, uso que se traduce en el empleo del documento de acuerdo con su esencia o destinación jurídica y es capaz de engañar a pluralidad de personas y lesionar los bienes jurídicos amparados por la ley. Por eso, en la falsedad privada, debe existir un nexo necesario, una íntima relación de causalidad entre el uso del documento y el daño resultante ''que ligue la acción del falsario con los efectos perjudiciales de la infracción'', como lo exige el artículo 240 del Código Penal, no obstante su anticientífica redacción.

Es casi unánime la doctrina de los autores en el sentido de exigir el uso del documento como requisito esencial de la falsedad privada, pues si este no se da, se desintegra la infracción en dos de sus elementos constitutivos: el daño público y el privado.

El uso debe consistir, por lo menos, en un mínimo de empleo del documento falso, en orden a sacar provecho y lesionar a alguien. Sólo cuando el uso es pleno procede la agravante específica del artículo 242 del Estatuto Penal Sustantivo.

La protocolización del escrito redargüido de falso no constituye uso del mismo, toda vez que dicho acto, tiene por única finalidad mantener en guarda y seguridad el documento, sin darle más valor probatorio del que originalmente tiene.

Sentadas las anteriores premisas y admitiendo hipotéticamente que el escrito cuestionado fuese un verdadero documento, con base en las pruebas allegadas al proceso —las cuales no discute sino sus efectos jurídicos—, llega a la conclusión de que el perjuicio sufrido por la señora María Angel de Gutiérrez no fue el resultado directo, inmediato del uso de aquel ''papel anómalo'', sino que obedeció a otros factores.

Luego de examinar, en lo pertinente, lo dicho por la señora de Gutiérrez en su denuncia; lo expuesto por los doctores Ignacio Mejía Velásquez y Luis César Pereira y la relación de hechos presentada por el Tribunal Superior al confirmar el auto de proceder, da por establecido lo siguiente:

''1. Que entre don Gerardo Posada Restrepo y doña María Angel de Gutiérrez había serias diferencias relativas al manejo de los negocios de esta última por parte de aquél, hasta el punto de que el abogado de doña María le aconsejó a don Gerardo 'someter todas las diferencias a la decisión de compromisarios';

''2. Que don Gerardo alegaba que la finca Vega Santana le pertenecía y la venía poseyendo 'desde hacía muchos años', por lo cual él 'creía tener la posesión suficiente para configurar derecho de dominio sobre ese bien';

''3. Que don Gerardo le manifestó al doctor Mejía Velásquez en la entrevista que tuvo con él, que él (don Gerardo) poseía un contrato de arrendamiento por ocho años sobre la finca Vega Santana y un recibo de doña María que declaraba pagados los cánones por ese lapso, pero no le mostró al abogado los papeles correspondientes.

''4. Que en dicha entrevista no jugó para nada el contrato antes mencionado, ni el que se dice celebrado con Hernando Martínez H., pues respecto de este último acto, el doctor Mejía Velásquez nunca tuvo referencia 'ni siquiera por parte del señor Posada que se daba el gusto de fanfarronear con supuestos contratos y firmas en blanco'.

''5. Que don Gerardo, conforme lo reconoce el Tribunal, invocaba derechos sobre la finca Vega Santana, 'pero sin especificar pormenorizadamente de qué alcances o naturaleza', y

''6. Que desde 1969 o principios de 1970, don Gerardo tenía en su poder las llaves de la finca ameritada, y, a partir de esa fecha, como tam-

bién lo afirma el Tribunal, la dueña del inmueble no pudo entrar a su heredad, porque 'se oponían a ello personas que ocupaban el predio como vivientes o vigilantes de Gerardo Posada'' (folios 51 y 52).

De lo anterior, resulta evidente —en opinión del demandante— que cuando se confeccionó y firmó el escrito tildado de falso (2 de abril de 1971), ya la finca ''Vega Santana'' estaba invadida por don Gerardo, quien ejercía sobre ella actos de verdadero dueño por creer que tenía ''la posesión suficiente para configurar derecho de dominio sobre ese bien''.

El ''fanfarronear'' de Posada en el sentido de que tenía en su poder un contrato de arrendamiento por el término de ocho años, no pasa de ser ''un simple embuste, una expresión inane, sin ninguna repercusión en el orden jurídico''.

Un hombre de negocios como él, de excelente reputación comercial no podía ignorar que un contrato de arrendamiento, seguido de la entrega de la finca, apenas da al arrendatario la calidad de simple *tenedor* y no de dueño.

Se sentía, sí, como dueño porque la ''venía poseyendo desde hacía muchos años'', en virtud de haberla invadido; pero nunca como consecuencia del uso de ningún documento alusivo a contrato de arrendamiento. Y si hubo perjuicios para la dueña del inmueble, ello se debió a la usurpación de la finca, y no a otro factor; usurpación que llevó al procesado a ejercer actos de verdadero dueño como colocar vigilantes, consignarla en la agencia de arrendamientos de Fernando Rojas y Compañía, entre otros actos.

El perjuicio de tercero no provino en este caso de la falsedad imputada a los acusados, por el uso de ningún escrito, sino como consecuencia de la usurpación inmobiliaria de la finca ''Vega Santana'', hecho ilícito que si no se investigó, no cabe hacerlo ahora por hallarse prescrita la acción penal.

De todo lo cual se infiere que no hubo relación de causalidad eficiente entre el uso del escrito falso y el perjuicio de tercero, que exigen los artículos 240 y 242 del Código Penal para configurar la falsedad en documento privado, con lo que el Tribunal Superior infringió de modo directo, por aplicación indebida, las dos normas citadas, así como los artículos 231, ordinal 6º del mismo Código, 215, 310, 334 y 1º del de Procedimiento Penal.

Por su parte, el representante judicial del recurrente Hernando Martínez Huertas, siguiendo de cerca los planteamientos hechos por su colega de impugnación y con fundamento en los mismos elementos de juicio reseñados concluye que ''no existió verdadero uso jurídico del escrito aquí tratado de falso, y el perjuicio que se dice causado por Gerardo Posada a María Angel no tuvo vínculo de causalidad eficiente con dicho escrito, sino que se debió a la usurpación de un inmueble de propiedad de aquélla''.

Respuesta del Ministerio Público

''*Primer cargo.* Los procesados Gerardo Posada Restrepo y Hernando Martínez Huertas fueron convocados a juicio y condenados como coautores de falsedad en documento privado y uso del mismo, por cuanto obrando de consuno, alteraron un documento verdadero variando su sentido y lo usaron luego en perjuicio de la señora María Angel de Gutiérrez, conducta con la cual, infringieron los preceptos contenidos en los artículos 231, ordinal 6º del Código Penal, en armonía con los artículos 240 y 242 ibídem.

Entre los fundamentos de la sentencia acusada, merecen destacarse, para los fines del reparo formulado:

En agosto de 1970 se proyectaron en Medellín, con la asesoría del abogado Luis César Pereira Monsalve, dos contratos de arrendamiento: en uno, la señora María Angel de Gutiérrez daba en arrendamiento a don Gerardo Posada el predio ''Vega Santana'' de su propiedad, con facultad para subarrendarlo, y en el otro, este último subarrendaba el inmueble a Florentina Ruiz de Correa; proyectos que fueron suscritos por la dueña de la finca, pero que a la postre no se realizaron.

La segunda hoja correspondiente al contrato celebrado entre doña María Angel y el señor Gerardo Posada, que contiene la firma auténtica de aquélla y fue retenida por éste en su poder ''pieza materialmente genuina o auténtica, que se habilitó sin la menor duda para ensamblarla al pliego del folio 7 (que es el auténtico y creado *ad hoc* 'con perjuicio de tercero')''. ''Allí —afirma el Tribunal— radica el meollo de la infracción al artículo 240 del Código Penal, en armonía con el 231, ordinal 6º ibídem, supuesto que en un documento verdadero se hizo sustancial intercalación o alteración que varía radicalmente su sentido, como oportunamente se consignó en el vocatorio a juicio''.

Como quiera que los demandantes coinciden en afirmar que la acción delictuosa imputada a sus representados no se ejecutó sobre un ''docu-

mento verdadero'' y en esto hacen consistir la violación de la ley penal sustancial por aplicación indebida de la norma que describe la conducta ilícita (artículo 231, ordinal 6º del Código Penal); es preciso establecer si el escrito que contiene la firma auténtica de la señora María Angel de Gutiérrez y que se dice, fue alterado o modificado para variarle su sentido, reúne o no tales requisitos.

La acción constitutiva de falsedad se consuma por el hecho de hacer ''en un documento verdadero cualquier intercalación o alteración que varíe su sentido''.

Para los fines de la ley penal debe tenerse como documento —según el concepto más autorizado—, todo escrito que contiene una manifestación de voluntad o una atestación de verdad jurídicamente relevantes, aptas para servir de prueba de un derecho o de una pretensión jurídica, cuyo autor sea conocido o fácilmente identificable; criterio del cual se derivan como elementos constitutivos los siguientes: una escritura, un tenor o contenido; un autor conocido o determinable y la aptitud probatoria del escrito respecto a un derecho o pretensión jurídica.

Es pues, documento verdadero aquél que reúne a cabalidad los requisitos señalados.

Aplicando estos principios al caso *sub examine,* se tiene que el escrito que conforma el folio 8 del cuaderno número 1 —señalado como objeto material de la infracción— no puede ser tenido como *documento verdadero,* por las siguientes razones:

Primera. El documento intercalado o alterado por la acción del falsario debe conservar parte integral de su primitivo contenido que sirva para identificarlo; es decir, debe ostentar su autonomía jurídica.

Prima facie se advierte que el escrito sobre el cual se afirma ''se hizo sustancial intercalación que varía radicalmente su sentido'', a pesar de que contenía un proyectado contrato de arrendamiento entre doña María Angel y el señor Posada, en virtud del cual aquélla le daba a éste la tenencia del predio ''Vega Santana'' y aparece con la firma autógrafa de la arrendadora, en ninguna de sus ''estereotipadas cláusulas impresas'', menciona a las partes contratantes: identifica el inmueble arrendado ni da razón de las manifestaciones propias de esta clase de actos jurídicos. Por el contrario, su tenor resulta ''descabezado'', ilógico, falto de unidad sin concordancia y francamente ininteligible.

Resulta entonces que el contenido del escrito cuestionado carece de autonomía jurídica que lo haga valer ante las partes contratantes y ante terceros como prueba de una manifestación de voluntad con trascendencia en derecho. Y siendo ello así, como lo es, no puede tenerse como *documento verdadero,* con el rigor que exige la ley.

Segunda. El contrato de arrendamiento es eminentemente consensual; pero el documento que le sirve de prueba además de contener las manifestaciones de voluntad propias de la naturaleza jurídica de esta clase de actos, debe ostentar la firma de los contratantes, sin que baste la de uno de ellos, dada la bilateralidad del contrato.

Y si bien es cierto que el Código Judicial (artículo 252) no exige la firma del documento para probar su autenticidad, sino que ésta surge ''cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado''; también lo es que el artículo 269 ibídem, que se refiere a los instrumentos sin firma, advierte que los no firmados o manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes, situación que se da en el presente caso, toda vez que Posada no lo firmó ni lo ha aceptado.

Carrara refiriéndose a este aspecto, expresaba sobre el particular:

''La intervención verdadera en el acto de aquellas personas que el documento indica como que han intervenido en el mismo, es, por lo tanto, inseparable de su ser, y constituyendo de ese modo su esencia, puede decirse con toda exactitud que es elemento *material* de aquel'' (Programa de Derecho Criminal, Volumen VII, página 278).

Pero en ambas hipótesis, el documento debe ser verdadero, es decir, contener una manifestación de voluntad o una atestación de verdad con relevancia jurídica, evento que no se da en el presente caso como hubo de anotarse.

Tercera. Alterar es tanto como variar el escrito, suprimiendo o borrando las expresiones ya consignadas para sustituirlas por otras.

La falsedad por alteración de un documento supone la preexistencia de un escrito con todas las características propias de un documento y para que se considere como tal —afirma el conocido tratadista Luis Enrique Romero Soto— ''debe dejar subsistente el documento. Si una alteración es de tal magnitud que el documento desaparece, bien porque sea ininteligible su tenor, o porque se suprime toda posibilidad de

señalar a su autor, entonces estamos en presencia de la hipótesis contemplada en el numeral 9º del artículo que se viene examinando (artículo 231 del Código Penal, se aclara)" ("La Falsedad Documental", segunda edición, página 219).

Y Sebastián Soler comentando la "Adulteración de un documento verdadero", se expresa de la siguiente manera:

"Esta forma supone la preexistencia de un documento verdadero, es decir, genuino, el cual, en lo fundamental, seguirá prestando la *apariencia* del documento anterior; pero con significado distinto. Si, en efecto, a un documento se le quita todo el carácter esencial que poseía se lo habrá destruido, en realidad, y entonces el acto nuevo deberá ser considerado desde el punto de vista de su falsedad total o parcial, pero con relación a lo que el nuevo documento parece acreditar" (Derecho Penal Argentino, Tomo V, página 379).

No cabe duda que en el caso *sub lite*, no hubo alteración o modificación en documento verdadero, puesto que el que se tuvo como tal, a más de no ser genuino y completo en su forma y contenido sufrió sustancial variación que lo hizo desaparecer.

En efecto, un fallido proyecto de arrendamiento entre doña María Angel y Gerardo Posada se convirtió en otro distinto celebrado entre aquélla y Hernando Martínez Huertas al que por las manifestaciones de voluntad que contiene más se asemeja a una anticresis, contrato que por su naturaleza jurídica excluye el de arrendamiento.

Aquí pues, la variación o modificación fue de tal magnitud que hizo desaparecer el documento original dejando subsistir únicamente un tenor ininteligible e incoherente.

Cuarta. En la hipótesis delictuosa imputada a los procesados se altera o modifica el contenido jurídico del documento en su aspecto probatorio; pero es requisito imprescindible que el agregado, supresión o modificación no le quitan la "ininteligibilidad" al documento alterado ni lo hagan incoherente, desarticulado o ambiguo en su tenor literal a tal extremo que este pierda todo poder de convicción y de aptitud probatoria.

El escrito tachado de falso (folio 7 y 8 del cuaderno número 1), por la forma en que aparece concebido, fue calificado de "exabrupto" por la denunciante María Angel de Gutiérrez y de "engendro" jurídico, por el Tribunal Superior como resulta de estos pasajes de la sentencia impugnada.

"Inaceptable igualmente que se pretenda darle artificiosa unidad al falso contrato, cuando salta a la vista que su palmaria desarticulación conceptual no pudo obedecer sino al afán criminoso (sic) de servirse de la segunda hoja (folio 8º), por contener la firma autógrafa de la ofendida directa, más sin reparar en la incoherencia del engendro.

"Nótese cómo en el folio 7º (hoja espuria número Q18147432) se compensan las 'deudas anteriores' con el valor de los cánones por cinco años, quedando éstos, en consecuencia, expresa y rotundamente redimidos. Si el fin no era el delictual de añadir artificiosamente la firma de la dueña de la heredad, ¿por qué tenía que adjuntarse la hoja del folio 8º (número N.18897667) en cuyos impresos los arrendatarios (no el inquilino como sería lógico) 'se obligan a consignar para poder oponerse, el total de los arrendamientos que adeuden a la fecha de la oposición y no a una sola mensualidad'? ¿Qué mora y qué intereses podía causar créditos previamente compensados? ¿Qué solidaridad podía generarse si no quedaba pendiente deuda ni podía darse lugar a ella, y siendo uno solo el arrendatario?

"Ninguna de las cláusulas, pues, del segundo folio era, no ya necesaria o conveniente, pero ni siquiera armonizable o congruente con las estipulaciones del primero. Ello hace aún más vivible y notoria la tarea de recomposición, necesaria únicamente en cuanto introducía al falso andamiaje el autógrafo de María Angel Gutiérrez, aún a costa de una paciente, laboriosa y sutil operación mecanográfica en la primera hoja, hasta hacerla coincidir gramaticalmente con la segunda, no sin incurrir en inútiles reiteraciones de que se encuentra plagada la hoja inicial y la incoherencia del contenido de ésta con la final" (folios 1030 y 1031 del expediente).

Es incuestionable que el documento calificado de falso —como afirman los demandantes—, aparece concebido en términos inconciliables e ininteligibles que le quitan unidad jurídica, coherencia y armonía conceptual y lógica en sus manifestaciones a tal punto que lo hacen jurídicamente irrelevante e inepto para servir de prueba de un derecho o de una relación jurídica.

El cuestionado escrito trata de conciliar o armonizar —sin lograrlo— dos situaciones jurídicas contradictorias y excluyentes: la primera hoja contiene estipulaciones propias de un contrato de anticresis que exige escritura pública y sólo se perfecciona con la tradición del inmueble seguida de la inscripción del título en el registro,

al paso que la segunda, se integra con cláusulas de uso frecuente en contratos impresos de arrendamiento, acto jurídico este que no reclama de prueba solemne para su constitución.

Pero lo contradictorio de su texto surge de la desarmonía e incoherencia de sus cláusulas al juntarse "dos fracciones de actos jurídicos sustancialmente distintos", situación que le resta unidad jurídica al escrito privándolo de toda aptitud probatoria, razón jurídica de la tutela penal.

Fluye de lo expuesto, que el objeto material de la infracción imputada es jurídicamente inexistente, puesto que la acción constitutiva de la misma no se cometió en un *documento verdadero,* como lo exige el artículo 231, ordinal 6º del Código Penal y en consecuencia, se aplicó indebidamente dicha norma en armonía con los artículos 240 y 242 ibídem, toda vez que los hechos que se tuvieron como probados no encajan en los preceptos mencionados, conclusión a la que se llega acogiendo los jurídicos razonamientos aducidos por los demandantes en la fundamentación del reparo. Prospera pues, el cargo formulado.

Y dada la incidencia jurídica que tiene la impugnación en la estructuración del delito y en las conclusiones del fallo de condena, huelga cualquiera otra consideración sobre los restantes cargos, pues, demostrado, como aparece, que la forma de falsedad atribuida a los recurrentes no se ejecutó en un documento verdadero resultaría superfluo examinar otros aspectos de la acusación".

Concluye el Ministerio Público con petición a la Sala, en el sentido de que *case* la sentencia recurrida a nombre de los procesados Gerardo Posada Restrepo y Hernando Martínez Huertas y en su lugar sean absueltos de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio y condenados.

Consideraciones

Como las demandas presentadas por los abogados de los recurrentes en casación coinciden en lo fundamental y el Ministerio Público emite concepto en paridad de conclusiones con los demandantes, la Corte dará contestación a unos y otro tomando sus argumentaciones en conjunto.

Del estudio atento del proceso que dio ocasión a la sentencia acusada se tiene claro que el Tribunal sentenciador después de examinar la prueba tuvo como hecho inequívoco la existencia de un contrato de arrendamiento original entre Gerardo Posada Restrepo y María Angel de Gutiérrez, por medio del cual ésta dio al primero la tenencia de la finca de su propiedad "Vega Santana", con facultad de subarrendarla, licencia que el arrendatario aprovecharía en favor de Florentina Ruiz de Correa, celestina de profesión, contrato suscrito por la propietaria, pero que no tuvo realización.

Afirma el Tribunal Superior de Medellín que la hoja segunda del primer contrato —el celebrado— con Gerardo Posada Restrepo, que contiene la firma de María Angel de Gutiérrez, "se habilitó para ensamblarla al pliego del folio 7 (que es el inauténtico y creado ad hoc, *'con perjuicio de tercero')", para variar sustancialmente el sentido del contrato original, y hacer aparecer a la arrendadora con una deuda a favor de Hernando Martínez Huertas que monta a la suma de noventa mil pesos, por concepto de prestaciones sociales, justiprecio de la jubilación que le correspondía como servidor de las empresas pertenecientes a la sociedad conyugal formada por el matrimonio Gutiérrez Angel, en un lapso superior a los veinte años. Para satisfacerla, en el documento adulterado doña María entrega la finca "Vega Santana" a Martínez Huertas y declara recibidos los cánones de arrendamiento correspondientes a cinco años, o sea por el término del contrato.*

Los recurrentes afirman que no discuten los hechos del proceso. Y la existencia del contrato de arrendamiento original celebrado por María Angel de Gutiérrez con Gerardo Posada Restrepo, y su adulteración posterior, es afirmación tajante del Tribunal, relativa a los hechos, que no admite discusión en el recurso extraordinario de casación, y que ciertamente no discuten los demandantes, que aseguran, eso sí, que dicho proyecto de contrato no es documento verdadero al tenor de los artículos 231, ordinal 6º del Código Penal, en armonía con los artículos 240 y 242 ibídem, porque el escrito que aparece al folio 8º del cuaderno número 1, señalado como objeto material de la infracción, en ninguna de sus cláusulas menciona a las partes contratantes, identifica el inmueble arrendado, ni contiene las expresiones propias de la naturaleza de esa clase de convenios. Y en cambio resulta ostensible su falta de unidad y palmar su incoherencia, ausente de sentido.

Por este orden de ideas, en un todo de acuerdo con los demandantes en casación, concluye el Procurador que el documento alterado o intercalado por el falsario debe conservar sustancialmente su contenido original, si ha de ser identificable, y que como el escrito redargüido de falso

sustituye, según aseveración del Tribunal sentenciador, fundamentalmente dicho contenido, jamás podrá ser tenido como documento verdadero. Por donde resulta inhábil para servir de prueba de ningún derecho o pretensión y carente de contenido jurídicamente relevante, así sus autores, María Angel de Gutiérrez y Hernando Martínez Huertas sean fácilmente identificables. pues que Gerardo Posada Restrepo no firmó el engendro, y a él no es oponible al tenor del artículo 269 del Código Judicial, sino en el caso de que llegare a aceptarlo expresamente.

Entonces, si el documento que se reputa falso, por su incoherencia, carece de atestación jurídicamente relevante y es inepto para probar ningún derecho o pretensión, y ni siquiera es oponible a uno de los sindicados, que no lo firmó, y si, por último, es el resultado de "dos fracciones de actos jurídicos sustancialmente distintos", fluye que el objeto material del delito imputado es jurídicamente inexistente y que la acción constitutiva de la presunta falsedad no se cometió en documento verdadero, y se tiene así demostrado, como lo reclaman los demandantes la violación directa, por aplicación indebida, de las normas por ellos señaladas.

Por su parte, los demandantes agregan, que el escrito que se dice falso corresponde más a la naturaleza de los contratos de anticresis, que para su correcta formación requieren, como elemento sustancial, escritura pública, que falta al escrito de los folios 7 y 8, por ello inexistente, amén de que tampoco se hizo uso de él jurídicamente, ni el perjuicio sufrido por el denunciante, que no discuten, reconoce como causa al mal llamado documento, que no lo es, sino a la usurpación del inmueble "Vega Santana".

La Sala no discute que el texto original del contrato de arrendamiento celebrado entre Gerardo Posada Restrepo y María Angel de Gutiérrez, firmado de su puño y letra por la segunda, fue alterado sustancialmente, y carece de interés para los efectos de las determinaciones que se tomarán finalmente, detenerse a examinar si su contenido es o no oponible a Gerardo Posada Restrepo. Este no lo firmó. En el lugar destinado a su firma, aparece la de Hernando Martínez Huertas, comprometido con él, en la fraudulenta empresa, según lo asegura el Tribunal de Medellín en la sentencia recurrida. Y es evidente así mismo que el texto del contrato contenido en el escrito falso exhibe cláusulas propias de la naturaleza de la anticresis y del arrendamiento, es decir, que no guarda unidad y es oscuro en buena parte de su lectura. Por la misma razón no es útil legalmente para fundar sobre él contrato alguno, oponible civilmente, a Gerardo Restrepo Posada. Pero en su hora, en la forma que exhibía el contrato original, con sólo haber completado el documento con su firma, lo pudo haber exigido, con perfecto derecho, en la plenitud de sus cláusulas, a María Angel de Gutiérrez. Como en su momento, de no haber sido calificado falso por el Tribunal sentenciador, pudo haber sido opuesto, es decir, exigido, en sus cláusulas valederas, a la denunciante, por Hernando Martínez Huertas.

El documento original era un contrato de arrendamiento, como fácilmente se advierte en la lectura del folio 8 del cuaderno número 1. Y se adulteró sustancialmente, sustituyendo su página primera con el contenido actual. En él se dio cabida a la confesión extrajudicial en que María Angel de Gutiérrez reconoce deber a Hernando Martínez Huertas pensión de jubilación en cuantía de noventa mil pesos. Para cancelar esta obligación la propietaria de "Vega Santana" entrega la finca a Hernando Martínez Huertas por un lapso de cinco años para que la usufructúe, y le otorga muy amplias y onerosas facultades. Tiene, pues, este escrito un contenido cierto y sirve para probar una obligación a cargo de María Angel de Gutiérrez. Y proviene de autor conocido. En ningún momento Martínez Huertas, pero tampoco Gerardo Posada Restrepo han negado con anterioridad al recurso de casación, la existencia y la autenticidad del contrato. Fue protocolizado por Martínez Huertas en una notaría de Bogotá, para obtener copias con facilidad, y demandar créditos, como él lo asegura. O para preconstituir prueba que en el futuro sirviera para dar fuerza y legitimidad a la usurpación de la finca por Gerardo Posada Restrepo. Y es más. El contrato fue exhibido por Gerardo Posada a distintas personas, entre otras a Fernando Rojas Sanín, a quien le consignó la finca para arrendarla a Gerardo Henao (folios 112 y 113).

Con la sola firma de María Angel de Gutiérrez, aprovechada por los falsarios para crear a cargo suyo obligación de pagar noventa mil pesos, por concepto de jubilación, podían haberla ejecutado en cualquier momento. Puede ser discutible si la pensión de jubilación o de vejez admite un contrato semejante al que se hizo aparecer como celebrado entre María Angel de Gutiérrez y Hernando Martínez Huertas. Lo que sí no puede ser discutido es que si un contrato de esa guisa hubiere sido llevado a término de buena fe, como anticresis, habría sido absoluta-

mente nulo, y como arrendamiento, posiblemente, también. Mas como el reconocimiento de una prestación social —la de jubilación— no requiere solemnidad alguna, el documento, nulo para fundar el contrato de anticresis o el de arrendamiento, sería absolutamente válido para reclamar, con fundamento en él, de doña María Angel de Gutiérrez, la prestación que allí confiesa deber a Hernando Martínez Huertas.

La denunciante recibió más de un perjuicio de la conducta incriminada a Gerardo Posada Restrepo y a Hernando Martínez Huertas. Tuvo que contratar los servicios de abogados para regresar a la posesión tranquila de su finca. Dejó de percibir los frutos de su heredad durante varios años. Y ha sufrido moralmente con la infidelidad de antiguos servidores y consejeros suyos.

Por último. El uso del documento es un hecho que tuvo como probado el sentenciador. Su discusión por el actor es extraño a la disciplina del recurso extraordinario de casación cuando se invoca la violación de la ley sustancial por la vía directa. Los reparos de la censura al amparo de la causal primera, cuerpo primero, no pueden ser atendidos por la Sala. Sin embargo, los artículos 240 y 242 de nuestro Código Penal que en armonía con el 231 ibídem, los recurrentes consideran indebidamente aplicados al caso que se examina, no exigen, si se los toma literalmente, nada más para la consumación del delito de falsedad, la simple eiditio falsi, *independientemente del uso del documento. Esta interpretación literal conduce a confundir en uno los conceptos de falsedad en documento público y falsedad en documento privado, por lo que la doctrina exige para la acriminación de esta última, al menos un principio de uso del documento.*

Fue lo que hicieron los sindicados cuando dieron a conocer el escrito de los abogados que pretendían a nombre de la propietaria la devolución de la finca, o cuando lo protocolizaron en una notaría de Bogotá, con el propósito de obtener por este medio copias oportunas para adquirir créditos con el fin específico de explotar la propiedad detentada o para preconstituir una prueba que oponer en el futuro a su dueña, publicando de paso, notarialmente, su intención de perjudicar a doña María, con el aprovechamiento injusto y doloso de sus bienes.

Resumiendo

1º La existencia del documento original que contenía el contrato celebrado entre Gerardo Posada Restrepo y María Angel de Gutiérrez, no es discutible. Constituye un hecho del proceso, intocable por la Corte.

2º La incapacidad absoluta del documento reputado falso para fundar un contrato de anticresis, es igualmente incuestionable.

3º Sin embargo, la nulidad de un acto jurídico no siempre lo redime de falsedad. Ese documento contiene una obligación de pagar a cargo de María Angel de Gutiérrez y a favor de Hernando Martínez Huertas. Y en este punto seguiría siendo válido para reclamar de su signataria la pensión de jubilación que en él se reconoce en cuantía de noventa mil pesos.

4º El contrato de arrendamiento original fue adulterado materialmente por los falsarios, por supresión de la primera de sus páginas que sustituyeron por otra de contenido distinto, cambiando fundamentalmente su sentido.

5º El uso del documento por los condenados es otro hecho afirmado en la sentencia, aunque se dice que no se usó para fines del contrato de anticresis en él estipulado. Se protocolizó, no obstante, para obtener créditos bancarios, con mayor facilidad, según lo afirma Hernando Martínez Huertas, y con el fin específico de beneficiar con ellos la finca "Vega Santana". Y se exhibió ante quienes pretendían para su dueña la recuperación del inmueble, y ante el administrador de la firma que se encargó de arrendarla. Se usó, pues, con el claro propósito de obtener un provecho indebido, con perjuicio cierto de su propietario.

Por todo lo cual los cargos que los demandantes someten al examen de la Sala, no vienen llamados a prosperar.

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, NO CASA la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Su demostración

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 24236.

Aprobado: Acta número 62.

Bogotá, D. E., agosto 31 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 18 de noviembre del año pasado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva que confirmó la proferida el 6 de septiembre de ese mismo año por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, mediante la cual se condenó a Jaime Silva Sanabria, por el delito de homicidio en la persona de Rosalina Calderón, a la pena principal de 16 años de presidio, a las accesorias de rigor y, en abstracto, a pagar los perjuicios causados con la infracción.

Hechos

Del extenso relato que hace el fallo del Tribunal se toma lo pertinente:

El 16 de septiembre de 1975 "... Jaime Silva Sanabria abordó el taxi de placas WX-1547 de servicio público, le pidió al chofer le hiciera una carrera hacia el barrio El Venado y, al vencer el "paso a nivel" que hay en la vía, el carro tuvo un percance, que consistió en que "pinchó" una llanta. Mientras el chofer la desmontaba y cambiaba, en lo cual duró aproximadamente diez minutos, Jaime se recostó en la parte trasera del carro y quedó dormido por unos minutos. Normalizado el vehículo continuaron la marcha. Al llegar al punto final del recorrido, Jaime Silva Sanabria le preguntó al chofer que cuánto valía el servicio por horas, a lo cual respondió éste que a $ 60.00. El chofer, cuyo nombre es Vidal Ninco Trujillo, recibió y cumplió la orden de esperarlo, todo el tiempo que fuera necesario; cuadró el carro frente a una casa en donde Jaime se bajó; al poco rato éste salió y le dijo que acercara más el carro a la casa y lo mantuviera prendido, que él ya volvería.

"Así obró el chofer. Mas, como quiera que Jaime demoró, el chofer apagó el carro y subió los vidrios y se pasó a escuchar música. Momentos después oyó el grito de alguien, e inmediatamente se presentó al vehículo en forma apresurada Jaime Silva Sanabria portando un cuchillo ensangrentado que guardó entre el pantalón, se sentó en el puesto delantero y le ordenó al conductor que emprendiera de inmediato la marcha. Sorprendido el conductor le preguntó al pasajero que qué había pasado, y él le respondió con las siguientes palabras textuales: 'De mí no se burló esa hijueputa'. Aunque el chofer le insistió preguntándole qué había sucedido, Jaime no le respondió. En el trayecto éste se arregló la camisa y le pidió al chofer que lo condujera a la empresa de transportes 'Rápido Tolima'. Pagó el servicio y se dirigió a la empresa. Entre tanto el conductor del vehículo obrando con encomiable sentido de colaboración social hizo capturar al individuo, quien al ser identificado resultó ser Jaime Silva Sanabria ...".

Actuación procesal

El 17 de septiembre de 1975 el Permanente Cetral de Policía de Neiva practicó el levantamiento del cadáver de Rosalina Calderón. La apertura de la investigación correspondió al Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de esa capital, despacho que la adelantó hasta su perfeccionamiento.

El 4 de junio de 1976, el juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Superior de Neiva llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, a Jaime Silva Sanabria, por el delito de homicidio con agravantes de asesinato.

El 19 de noviembre de 1976 se celebró la primera audiencia pública y el jurado de conciencia condenó al procesado quitándole las agravantes y reconociéndole la ira y el intenso dolor del artículo 28 del Código Penal.

El 29 de enero de 1977 el juzgado acogió esa veredicción dictando de acuerdo con él la sentencia correspondiente. Al ser consultada, el Tribunal mediante auto del 29 de abril del mismo año declaró el veredicto contraevidente y ordenó nueva audiencia.

Convocado nuevo jurado, se efectuó la segunda vista pública el 19 de julio siguiente. En esta oportunidad el fallo popular fue afirmativo de la responsabilidad del acusado en la forma y términos como fue llamado a juicio. Tal decisión quedó aceptada por el juzgado de primera instancia en sentencia del 6 de septiembre de 1977.

El 18 de noviembre último, el Tribunal confirmó ese pronunciamiento sin modificación alguna. Este fallo de condena motiva el recurso que se examina.

Estudio de la demanda

I) *Causal cuarta.*

1. Se llamó a responder en juicio criminal por el delito de homicidio agravado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que la parte resolutiva del auto de proceder contendrá el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, 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 señalar dentro del género del delito la especie a que pertenezca. Se violó, pues el artículo 26 de la Constitución.

El Ministerio Público opina que la sola mención del artículo 26 de la Carta no es suficiente para que la impugnación prospere, ya que esa norma determina cuatro garantías fundamentales con naturaleza, objeto y consecuencias propios que el actor debe desbozar para indicar cuál de ellas es la que se quebrantó en el caso concreto, a fin de señalar el concepto de la violación y demostrar el cargo dentro de ese ámbito específico. De aquí que concluya que este reproche no puede prosperar por falta absoluta de técnica.

La Corte comparte esta apreciación, pero agrega que en el caso que se examina no se conculcó al procesado ninguna garantía de orden constitucional por el hecho de llamarlo a responder en juicio por el delito de homicidio agravado, pues la denominación de homicidio es la que le da al hecho el código de las penas y, además, el auto determinó el título y el capítulo a que ella pertenece, es decir, que se le dio al ilícito la calificación genérica que exige la ley. El que se hubiera agregado el adjetivo "agravado", simplemente comporta una expresión explicativa que no desnaturaliza el género delictivo de suyo prominente. Se trata entonces de una irregularidad que, en este caso concreto, no afectó la defensa del inculpado ni la estructura del proceso.

El cargo no prospera.

2. Se afirma que se violó el numeral 5 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción consistente en llamar homicidio agravado lo que era un homicidio simple, ya que las condiciones de inferioridad de la víctima determinadas por el juez no tuvieron esa específica entidad.

Al respecto expresa el Ministerio Público:

"... El señor demandante no desarrolla su teoría central o sea, 'haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción'; se contenta con rebatir las argumentaciones de los juzgadores de instancia para dar por demostradas las condiciones de inferioridad personal de la ofendida y de la sevicia con que obró el procesado. Es decir, por parte alguna el cargo presenta el verdadero delito que surge de la conducta del incriminado y por el cual no fue llamado a juicio, lo cual obstaculiza todo estudio que pueda hacerse, ya que sólo queda visible el extremo que ocupa la calificación que a la infracción dio el juzgado, sin que en igual forma se haga presente, se conozca, el otro extremo que debería haber ocupado la calificación que propone el censor como la adecuada, la legal, con la que debe ser reemplazada, al decretarse la nulidad, aquélla ...".

Efectivamente, la nulidad a que se refiere el impugnante emerge cuando el juez equivoca la calificación jurídica del delito, como cuando denomina hurto lo que es robo, homicidio lo que son lesiones personales, etc. Si el impugnante

funda su reproche en que el delito no es un homicidio agravado sino simple, acepta, por modo ineludible, que la calificación genérica es correcta, y si admite ese *nomen iuris,* la censura resulta inocua porque expresamente reconoce que el juez acertó.

El cargo no prospera.

3. Se tacha la sentencia por violación del artículo 26 de la Constitución, porque habiendo dicho el procesado en su indagatoria que cuando tomaba licor perdía el conocimiento y no sabía qué hacía, no tuvo en cuenta esta afirmación indicadora "... de que el delito pudo haber sido cometido en estado de embriaguez patológica, de donde sería aplicable el artículo 29 del Código Penal ...".

El Procurador advierte que el cargo no se demostró, y estima la Corte que a pesar de la manifestación del acusado sobre el efecto que en ocasiones le producían las bebidas embriagantes, no había base para averiguar esa circunstancia, porque procesalmente se estableció que el delito lo perpetró previas una serie de actitudes demostrativas del pleno dominio de sus facultades mentales, como fueron lo de tomar un vehículo público, dar la dirección a donde iba, preguntar por el valor de la carrera y del servicio por horas, esperar tranquilo a que en el trayecto se cambiara una llanta, ordenar al conductor que lo esperara con el motor encendido, regresar de cometer el ilícito y ordenar que lo llevara a recoger sus gafas y luego al terminal de la empresa de transportes Rápido Tolima, con el ánimo indiscutible de emprender la huida.

El cargo no prospera.

4. Se acusa el fallo de nulidad supralegal porque no se cuestionó al jurado sobre las condiciones de inferioridad personal de la ofendida, pues "... la pregunta que se formuló a los jueces de conciencia no comprendió, en forma concisa y ceñida al auto de proceder, todos los presupuestos sustanciales del delito en su aspecto genérico y específico ...".

El Procurador opina que este cargo tampoco se probó. La Corte, por su parte, anota que en el cuestionario se preguntó si el hecho lo había perpetrado el procesado "... abusando de las condiciones de inferioridad personal de la ofendida y con sevicia ...", frase comprensiva de las circunstancias específicas de agravación que le fueron deducidas en el auto de proceder, las cuales fueron debatidas y precisadas en la audiencia pública, situación que sirvió para que el jurado se ilustrara sobre ellas y, finalmente, las aceptara al declarar al reo responsable de asesinato. En consecuencia, la posible generalización de las referidas circunstancias, en nada afectó las formas propias del juicio ni el derecho de defensa.

El cargo no prospera.

II) *Causal primera.*

1. *Violación indirecta.* Se alega aplicación indebida de los numerales 6 y 7 del artículo 363 del Código Penal, porque los hechos sobre los cuales el fallador estimó demostradas esas circunstancias específicas de agravación no pueden constituirla legalmente. Para demostrar estos cargos el actor recurre a la prueba y a la jurisprudencia.

El Ministerio Público siguiendo reiterada jurisprudencia, señala:

"... Lamentablemente olvidó el impugnante que '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' (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal), por lo cual los juzgadores de instancia no hicieron otra cosa sino cumplir con tal ordenamiento legal, si se tiene en cuenta el segundo y definitivo veredicto dado por el Tribunal Popular. A éste se le preguntó si el procesado Jaime Silva Sanabria era responsable de haber dado muerte a Rosalina Calderón, con el propósito de matar 'abusando de las condiciones de inferioridad personal de la ofendida y con sevicia', circunstancias degradantes de la figura tipo del homicidio que fueron analizadas incuestionablemente en el vocatorio a juicio, teniéndose su presencia perfectamente demostrada en forma tan cierta y legal que permitió librarse la demanda de cargos contra el sindicado por homicidio agravado ...".

La crítica en la formulación de estos dos reproches responde a exigencias de orden técnico jurídico, que de no ser aceptadas comportarían la revisión del veredicto y la Corte tendría que dictar sentencia, en caso de prosperar, contrariándolo o simplemente desconociéndolo, para incurrir ella misma, por este modo, en violación de la ley, lo que sería absurdo.

2. *Violación directa. Se dice que el fallo viola directamente la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 28 del Código Penal, pues en sentir del impugnante se encuentra ampliamente*

demostrado que el acusado obró "... en estado de ira e intenso dolor causado y provocado injustamente por la propia víctima ...".

"... Este cargo —expresa el Procurador— debe rechazarse porque riñe con la verdad procesal. De autos se sabe que el procesado consentía las relaciones de su padre con la amante, hasta el extremo de haber vivido con ellos, sin hacer ningún reproche a la extramatrimonial unión, lo que induce a tenerse por falso que la occisa hubiera ofendido de palabra gravemente el honor del procesado cuando fue a la casa de ella a preguntar a su padre. Además, y esta es la razón preponderante para no aceptarse, la sentencia no podía contener la aplicación del artículo 28 del Código Penal en favor del condenado, por la potísima razón de que tal estado especialísimo no fue reconocido por el juri, al cual tampoco se le propuso en el cuestionario, pues que no fue reconocido en el vocatorio a juicio. Así, es inconcebible que el actor se queje porque no se aplicó tal norma sustancial, dado caso que no fue deducida de la conducta del imputado por quien, en definitiva podía legalmente hacerlo, es decir, el Tribunal Popular ...".

Además, de las razones que consigna el Ministerio Público, concurre la falta de técnica en el tratamiento jurídico de la causal, ya que el recurrente trata de demostrarla con base en las pruebas aportadas al proceso, lo que no es posible cuando se plantea la violación directa de la ley. En tan precisa impugnación el demandante debe aceptar los hechos tal y como los declaró probados el sentenciador para discutir únicamente las conclusiones jurídicas que de ellos se desprenden. Lo contrario conduce al lamentable error de confundir la violación directa con la indirecta de la ley sustancial propias de este recurso extraordinario.

Finalmente, el demandante acusa la sentencia por violación directa de los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, porque en su criterio no se podía condenar como lo hizo el fallador de segunda instancia "... por cuanto no se produjo la prueba plena y completa del abuso de las condiciones de inferioridad y de la sevicia ...", lo que forzosamente conducía a resolver la duda a favor del procesado, en cuyo evento ha debido reformar "... la sentencia de primera instancia absolviendo al acusado por el delito de homicidio agravado y condenándolo por el delito de homicidio simplemente voluntario ...".

Al respecto conceptúa el Ministerio Público: "... lo confuso e ilógico del cargo impide su estudio, pues ninguna explicación se da por el demandante de tan contradictoria imputación a la sentencia. Porque decir que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa de los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, es no decir nada, legalmente hablando. Es una afirmación levantada sobre la ilogicidad e insulsez, ya que la infracción directa se produce es a la ley sustancial, que no a la adjetiva, como lo afirma el censor. Así mismo, el planteamiento no arroja luz sobre la naturaleza de la violación a la ley sustancial, ya que sólo se enuncia, y malamente enunciado, su quebranto, sin especificarlo ...".

El desacierto del censor abruma por la ausencia de técnica. En efecto, no expresa el sentido de la violación, si fue por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; no intenta demostrar la tacha que formula; y cae de nuevo en el dislate de proponerle tácitamente a la Corte que ignore el veredicto y, por ende, que viole las formas propias del juicio.

Estos cargos tampoco prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de dieciocho de noviembre del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante Luis Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXTRADICION

Sus requisitos. Ius sanguinis — Ius solis

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 62 de agosto 31 de 1978.

Bogotá, D. E., septiembre 1º de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

El Ministerio de Justicia envió a esta Sala de la Corte, con Oficio número 1755 de fecha 19 de octubre del año pasado, para los efectos previstos en el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal, el expediente relacionado con la solicitud de extradición del ciudadano francés Laurent Fiocconi formulada por el gobierno de Francia.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9º del Código Penal, 735 y 746 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el texto de "la convención para recíproca extradición de reos firmada el 9 de abril de 1850, ratificada el 12 de mayo de 1852", según lo afirma el señor Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia en la nota remisoria de la documentación que contiene la solicitud de extradición, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por medio de su Sala de Casación Penal, debe emitir concepto previo respecto a dicho pedido de extradición, y a ello procede por estar agotado el trámite propio del incidente.

Se considera

1. La referida solicitud fue presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por el señor Embajador de la República de Francia, dándose cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales, y habiéndose acompañado la documentación exigida por los mismos.

2. El delito por el cual fue condenado por el Tribunal de primera instancia de Marsella, a la pena de quince (15) años de prisión, el ciudadano francés Laurent Fiocconi, es el de tráfico de estupefacientes, según decisión de dicho Tribunal pronunciada el 5 de enero del año de 1973, por violación a las normas cuyo texto se transcribe según traducción del francés hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores, así:

"Artículo L.626 (Ley número 70-1320 del 31 de diciembre de 1970). Serán castigados con encarcelamiento de dos meses a dos años y con una multa de 2.000 a 10.000 francos o con una de estas dos penas solamente, aquellos que hubieren contravenido las disposiciones de los reglamentos de Administración Pública concernientes a la producción, el transporte, la importación, la exportación, la detención, la cesión, la adquisición y el empleo de sustancias o plantas o el cultivo de las plantas clasificadas como venenosas por vía reglamentaria, lo mismo que cualquier otro acto que se refiera a estas operaciones ...

"Las reglas visadas anteriormente podrán igualmente prohibir todas las operaciones relativas a estas plantas y sustancias. En todos los casos previstos en este artículo los Tribunales podrán, entre otras cosas, ordenar la confiscación de las sustancias o de las plantas halladas ...".

"Artículo L. 627 (Ley número 70-1320 del 31 de diciembre de 1970). Serán castigados con encarcelamiento de 2 a 10 años y con una multa de 5.000 a 50.000 francos, o con una de estas dos penas solamente, aquellos que hubiesen contravenido las disposiciones de los reglamentos de Administración Pública previstos en el artículo que precede y que conciernen las sustancias o plantas venenosas clasificadas como estupefacientes por vía reglamentaria. Cuando el delito haya consis-

tido en la importación, la producción, la fabricación o la exportación ilícitas de dichas sustancias, la pena de encarcelamiento será de 10 a 20 años ...".

"Artículo R. 5165. Son prohibidos, a menos que se tenga autorización, la producción, la transformación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, el comercio, la compra, la venta, la importación, la exportación de las sustancias inscritas en la Tabla B y, de manera general, todas las operaciones agrícolas, industriales y comerciales relativas a estas sustancias ...".

"Artículo 416 (Código de Aduanas). Son penables de la confiscación del objeto de fraude, de la confiscación de los medios de transporte, de la confiscación de los objetos que sirvan para enmascarar el fraude, de una multa igual al cuádruple del valor de los objetos confiscados y de un encarcelamiento de seis meses a tres años ...".

"Artículo 417-3 (Código de Aduanas). Son asimilados a actos de contrabando las importaciones o exportaciones sin declaración cuando las mercancías que pasan por una oficina de aduanas son escondidas para evitar la vista del servicio de aduana disimulándolas en escondites especialmente acondicionados o en cavidades o espacios vacíos que no están normalmente destinados para guardar mercancías ...".

3. Respecto a las modalidades del hecho atribuido al condenado Fiocconi, se lee en los documentos enviados, y según la misma traducción lo siguiente:

"Sobre la acción pública. Inculpaciones. En vista de que son citados ante la Cámara Séptima del Tribunal de Primera Instancia de Marsella ... 9) Fiocconi Laurent, bajo la notificación de haber, en 1970, en todo caso desde tiempo no prescrito, en Sable D'Olonne, en todo caso en el territorio nacional, cometido infracciones a la legislación sobre los estupefacientes al tener, transportar y ceder a Boucan, heroína pura, sustancia clasificada en la Tabla B y al participar en una asociación que tiene por meta la exportación ilícita de esta sustancia ...".

"En vista de que Boucan se hizo a la mar el 13 de abril de 1970 en el 'Caprice des Tempes', asesorado por una tripulación de Sables, llevando a bordo, escondida en las estanterías del peak delantero una carga de más de 100 kilos de heroína que le había sido entregada poco tiempo antes de su partida, de noche, por dos hombres, de los cuales uno apodado 'Charlot', que se identifica como Fiocconi, traficante notorio ... En vista de que Fiocconi no es una simple comparsa; que se le ve conducir personalmente el primer transporte de la droga hasta Sables D'Olonne en marzo de 1970, misión particularmente importante que demuestra el lugar prominente que ocupaba en la banda dirigida por Orsatelli; que debe ser condenado a la misma pena de Boucan, Santoni y Astolfi, o sea a 15 años de prisión ...".

"Acerca de las infracciones aduaneras por contrabando de estupefacientes ... En vista de que los notificados ... Fiocconi cometieron las infracciones que le son reprochadas ...; que ... Fiocconi ... sí participaron en 1970, 1971 y 1972 como interesados en el fraude, el tráfico en lo que concierne al transporte y exportación en contrabando de varios centenares de kilos de heroína entre Francia y los Estados Unidos. En vista de todo lo anterior se da lugar a la aplicación de las penas previstas por el Código de Aduanas (artículos 215, 399, 416, 417 y 435) ... Por estos motivos el Tribunal sentenciando en contra de... y, en ausencia, contra Fiocconi ... *declara* por el contrario, que ... Fiocconi Laurent ... son culpables cada uno lo que a ellos respecta, de diversas infracciones que les son reprochadas, en materia de tráfico de estupefacientes como en materia aduanera y en materia de control de cambios ... En represión: por las infracciones a la legislación sobre estupefacientes *condena:* ... Fiocconi Laurent, cada uno a la pena de 15 años de prisión. *Condena* conjunta y solidariamente a ... Fiocconi ... a pagar: 1. Una suma de 2.440.000 francos que representa el valor de la heroína y los medios de transporte no encontrados. 2. Una multa de 30.192.000 francos representados por el cuádruple del valor de las mercancías y los medios de transporte no encontrados ... Hecho y pronunciado en audiencia pública en el Palacio de Justicia de Marsella el 5 de enero de 1973".

4. A la anterior solicitud de extradición a la cual se acompañaron los documentos a que se refiere el artículo 741 del Código de Procedimiento Penal, se le dio el trámite que consagra el artículo 755 de la misma obra y dentro del incidente, el solicitado constituyó apoderado especial quien se ha opuesto a la extradición solicitada por las autoridades francesas.

Las razones en que se funda la oposición se resumen de la siguiente manera:

a) Que "no es pertinente atender la solicitud de la extradición del señor Laurent Rojas Fiocconi ha presentado el Gobierno de Francia ...

por cuanto nuestro poderdante es nacional colombiano";

b) Que el estado francés no ha convenido con el de Colombia "la extradición de los propios nacionales", situación que, de otra parte, está expresamente consagrada como prohibición en la legislación colombiana (artículo 9º del Código Penal);

c) Para comprobar la calidad de nacional colombiano del solicitado acompañaron los siguientes documentos:

1. Escritura de reconocimiento de hijo natural del señor Laurent Fiocconi hecha por el señor Hernando Rojas Gooding *el 9 de agosto del año de 1976,* mediante Escritura pública número 1931, corrida ante la Notaría Trece de Bogotá.

2. Acta de nacimiento del señor Hernando Rojas Gooding.

3. Documento de reconocimiento de hijo natural, hecho por el señor Rojas Gooding en la ciudad de París *el 9 de marzo de 1976.*

4. Acta civil de nacimiento del señor Laurent Fiocconi, en que consta haber nacido el 31 de marzo de 1941 en la población de Popolasco (Córcega) y ser hijo de Agathe Fiocconi "sin profesión ... (y) soltera".

5. Certificado sobre vigencia de la cédula de ciudadanía número 19312404 expedida a "Rojas Fiocconi Laurent".

6. Una certificación expedida por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la que hace constar que "de conformidad con el literal b) del ordinal 1º del artículo 8º de la Constitución Nacional, el señor Laurent Rojas Fiocconi es nacional colombiano, puesto que es hijo de padre colombiano, nacido en tierra extranjera y *domiciliado* en la República de Colombia". Esta certificación está expedida el 29 de septiembre de 1977.

7. Acta de matrimonio católico expedida por el Notario Veintiuno de Bogotá, en la que consta que el señor "Charles Laurent Rojas Fiocconi" contrajo matrimonio *el 5 de agosto del año de 1975* con doña Ligia Durango Bedoya.

8. Acta de registro civil expedida por el Notario Diecinueve de Bogotá, en la que consta el registro de Dominique Laurent Fiocconi Durango nacido en Bogotá *el 20 de septiembre de 1975.*

9. Los memorialistas anunciaron también que presentarían la "declaración rendida ante el Juez Once Civil Municipal de Bogotá, por el señor Hernando Rojas Gooding, relacionada con su paternidad respecto del señor Laurent Rojas Fiocconi", sin embargo, tal declaración no se acompañó y se explicó por uno de los apoderados que le había sido "imposible obtener las declaraciones rendidas en el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, en donde se encuentran tramitadas" (folio 32).

Con apoyo en los documentos enumerados se afirma que el solicitado Laurent Fiocconi es nacional colombiano, que salió de Francia "sin haber regresado, hace más de quince años ..., pues lleva casi cuatro de estar residenciado en nuestra patria" (folio 30).

Posteriormente, en memorial relativo a la misma cuestión, se afirma que los oponentes a la extradición que el reclamado Fiocconi es nacional colombiano por haber sido reconocido, por un nacional colombiano, haber contraído matrimonio con una colombiana y haber procreado dos hijos "y se encuentra residenciado en el país, desde hace varios años", y con citas de diversos tratadistas afirman que es improcedente atender la solicitud hecha por el gobierno de Francia.

Se estableció, igualmente, que el mencionado Laurent Fiocconi se halla detenido por cuenta del Juzgado Trece Superior de Bogotá en la Penitenciaría Nacional de la Picota, a donde ingresó el 29 de junio de 1977, según información suministrada por la Asesoría Jurídica de dicho centro de reclusión.

Dentro del trámite del incidente de extradición se solicitó información al Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), sobre los antecedentes del reclamado Laurent Fiocconi, con los siguientes resultados:

a) "Que el sujeto Laurent Fiocconi o Laurent Rojas Fiocconi o Laurent Charles Fiocconi, de nacionalidad francesa ... *no registra entradas al país, por cuanto su ingreso lo hizo ilegalmente,* al parecer, por vía marítima, a la ciudad de Barranquilla", y que figura con los siguientes antecedentes penales:

"1. Septiembre 16 de 1975, Juzgado Trece Superior de Bogotá ... sumario ... por los delitos de estafa frustrada y falsedad. Auto de detención de fecha *julio 10 de 1975,* detenido en la Cárcel Nacional Modelo".

"2. Septiembre 13 de 1975, Interpol París ... buscado en Francia a causa de una condena de quince años de prisión, por tráfico de drogas, así mismo comunica que es buscado en los Estados

Unidos, sindicado de fuga, donde purgaba una pena de 25 años de prisión por tráfico de drogas''.

''3. Octubre 25 de 1975 a solicitud del Director de la Cárcel Nacional Modelo, orden de recapturarlo por haberse fugado del citado establecimiento''.

''4. Noviembre 25 de 1975, Juez Cincuenta y Cinco de Instrucción Criminal, ambulante, solicita captura, delito fuga''.

''5. Junio 18 de 1977, informe detectives DAS sobre localización y captura''.

''6. Julio de 1977, Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá ... solicita dejarlo a su disposición por estar sindicado de infracción al Decreto 1188 de 1974''.

''7. Septiembre 2 de 1977, traducción Interpol Washington, antecedentes: escapó de la prisión de Nueva York, el 22 de septiembre de 1974, donde se hallaba pagando una condena de 25 años (archivo DEA) (archivo FBI) ... arrestado por contrabando de heroína, Boston''.

''8. 10.6.71, arrestado por seguridad''.

''9. 11.11.71, violación leyes de narcóticos''.

''10. 7.25.72. No especifica''.

''11. 10.14.72, violación leyes de narcóticos. Nueva York''.

''12. 6.6.73, violación leyes de narcóticos Nueva York''.

''13. 7.2.74, violación leyes de narcóticos''.

''14. Septiembre 21 de 1977, traducción Interpol, comunica procedimiento extradición ha sido llevado a cabo de los canales diplomáticos''.

''15. Noviembre 29 de 1977, Juzgado Trece Superior de Bogotá ... solicita fechas evadió cárceles, Estados Unidos, fin obre proceso delito de falsedad'' (folios 48 y 49).

Consideraciones de la Corte

De todas las formas de cooperación internacional en el campo penal, la más típica y la más importante es la extradición, que en nuestra legislación está sometida, cuando no se presente el fenómeno de la inmunidad a que se refiere el artículo 9º del Código Penal, a los presupuestos y requisitos exigidos por el artículo 734 del Código de Procedimiento Penal, o sea:

1. A que el hecho que motiva la extradición esté previsto como infracción penal en la ley colombiana, y sancionado con pena privativa de la libertad no inferior a cuatro años. Este es el principio que se conoce como de la doble incriminación del hecho, o de la idéntica norma, o más simplemente, de la incriminación simultánea.

En el caso que es objeto del presente concepto, a la solicitud de extradición hecha por el Gobierno francés se acompañaron, en traducción al idioma español, los textos de las disposiciones penales que definen y sancionan los hechos delictuosos relativos al tráfico de estupefacientes en la legislación francesa. De igual manera se puede establecer que en la legislación penal colombiana, y concretamente en el Decreto-ley número 1188 de 1974, ''por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes'' se sancionan todo tipo de conductas que tienen que ver con el comercio ilícito de los narcóticos, con penas privativas de la libertad superiores a los cuatro años.

Por este aspecto, se da pleno cumplimiento a una de las exigencias de la ley procesal penal colombiana.

2. De igual manera se requiere, de acuerdo con el texto del artículo 734 del Código de Procedimiento Penal, que ''por lo menos se haya dictado en el exterior auto de proceder o su equivalente'' en la legislación colombiana. Con relación a este requisito, las autoridades francesas enviaron, con su respectiva traducción al idioma español, copia de la sentencia condenatoria dictada contra el reclamado Laurent Fiocconi, por el Tribunal de primera instancia de Marsella, condena que se eleva a 15 años de prisión, por el delito de tráfico de estupefacientes.

Se cumplen plenamente, y por este aspecto, los requisitos exigidos por la ley colombiana para que la Corte pueda emitir concepto sobre la extradición solicitada. El apoderado especial del reclamado Laurent Fiocconi expresa que no es jurídicamente posible emitir concepto favorable a la solicitud de extradición del mencionado señor, puesto que se trata de un nacional colombiano y la extradición de los nacionales colombianos está expresamente prohibida por el artículo 9º del Código Penal.

La calidad de nacional colombiano, estaría demostrada, según se desprende del alegato presentado a la Corte, por dos factores: por el reconocimiento que de hijo natural suyo hizo el señor Hernando Rojas Gooding de Laurent Fiocconi en la ciudad de París el 9 de marzo de 1976, ratificado luego en Colombia por medio de la Escritura pública número 1931 el 9 de agosto del

mismo año de 1976, corrida ante el Notario Trece de Bogotá. Y, luego, por el hecho de que el señor Laurent Fiocconi se halla residenciado o domiciliado en Colombia desde hace más de cuatro años, ya que salió de Francia hace más de quince y no ha regresado a su patria de origen.

El artículo 8º de la Constitución Nacional expresa textualmente:

"Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República.

2. Por adopción: ...".

De lo expuesto se tiene, que la nacionalidad colombiana puede adquirirse por título originario, o sea por nacimiento, o por título derivado que constituye el fenómeno de la naturalización.

En el presente caso, la nacionalidad colombiana y la ciudadanía la habría adquirido el señor Laurent Fiocconi por la vía indirecta, o sea por la naturalización, dado que su nacimiento tuvo lugar en Francia y su posterior reconocimiento se hizo por parte del señor Rojas Gooding, nacional colombiano. Sin embargo, la Constitución exige para que se pueda adquirir por título derivado la nacionalidad colombiana, es requisito, no sólo que el padre o la madre de quien habiendo nacido en el extranjero, tengan la nacionalidad colombiana, sino además, que quien pretende obtener el título de nacional colombiano se domiciliare en la República. Son dos pues los requisitos que exige la Carta: uno el relativo a la sangre (ius sanguinis) *que el padre o madre sean nacionales colombianos, y además, que exista el domicilio* (ius solis) *en el territorio de la República.*

Para el caso presente, se tiene, que existe un documento público —escritura de reconocimiento como hijo natural del señor Laurent Fiocconi—, que a la luz de las leyes colombianas es documento legítimo, auténtico y veraz, pues no existe prueba que infirme el contenido de su texto, y consiguientemente sus efectos jurídicos.

Por este aspecto, estaría demostrado que habiendo sido reconocido como hijo el señor Fiocconi por un nacional colombiano, aquél habría adquirido por ese solo hecho la nacionalidad colombiana, y por ende la ciudadanía por haber llegado a la mayoría de edad.

Sin embargo, como se anotó, la Constitución exige que la persona que se encuentre en esas condiciones debe, además, haberse domiciliado en el territorio nacional. La Carta pues, reclama el concepto de domicilio *o sea la vinculación, con efectos jurídicos, de una persona física a un determinado lugar. El concepto de domicilio, para los efectos de determinar las relaciones jurídicas que se desprenden de la vinculación de una persona con un determinado lugar, es noción que pertenece al derecho privado y al concepto que de él trae el Código Civil debe recurrirse para encontrar el sentido de la expresión.*

El artículo 76 de dicho Código dice:

"El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

Por su parte, el artículo 79 de la misma obra dispone:

"No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa de algún tráfico ambulante".

De donde se deduce, que la ley claramente distingue entre demora, residencia, y domicilio, siendo común a los tres conceptos siempre el ánimo de estar en un lugar determinado. La demora en sentido lato es el lugar en que una persona habita actualmente, o más simplemente, permanece. La demora es la relación más simple de la persona física con un lugar. La residencia será el lugar en donde la persona tiene demora habitual, en donde el factor que caracteriza el instituto se refiere a la habitualidad de la demora que se manifiesta por el propósito del sujeto de tener en aquel lugar una demora estable.

El domicilio, de acuerdo con la definición de la ley se descompone en dos elementos: uno objetivo que consiste en la residencia de la persona en lugar; y otro de naturaleza subjetiva que se manifiesta en el ánimo a permanecer allí. Es decir, que si no existe ánimo real o presunto de permanecer establemente en un determinado lugar, no puede hablarse jurídicamente de domicilio. Entonces, de la residencia (permanencia

estable) y del ánimo de permanecer, surgen los factores que integran el concepto jurídico de domicilio que será el que se debe utilizar todas las veces que el ordenamiento jurídico reconoce efectos a la relación de la persona con el lugar.

En el caso que se examina se tiene, que de acuerdo con certificación expedida por el señor Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el señor Laurent Fiocconi "... no registra entradas al país, por cuanto su ingreso lo hizo ilegalmente ...", *y que, además, y al parecer inmediatamente después de haber ingresado ilegalmente a territorio nacional el 10 de julio de 1975, fue detenido en la Cárcel Nacional Modelo, de donde se fugó habiendo sido recapturado en el mes de junio de 1977 y en la actualidad se halla en su condición de detenido de la Penitenciaría Central de la Picota.*

Entonces, si bien es cierto como lo afirma el apoderado del reclamado que el señor Laurent Fiocconi ha permanecido físicamente en el territorio colombiano, no es menos evidente, que su permanencia puede atribuirse al ánimo real o presunto de permanecer en el territorio de la República. Antes por el contrario, su ingreso al país se hizo con violación de las normas que regulan la entrada y la permanencia de los extranjeros en el territorio colombiano, y además, dicha permanencia ha sido forzada y no voluntaria, pues desde su ingreso a Colombia, ha permanecido bajo los efectos de diversos autos de detención dictados en su contra por la comisión de diversos delitos.

El factor esencial del domicilio relativo al ánimo de permanecer en Colombia falta de modo manifiesto, y por lo mismo, la calidad de ciudadano colombiano que se pretende adquirió por título derivado tampoco existe.

Pero debe considerarse también un aspecto muy delicado respecto a la alegada inmunidad de la extradición y es el relativo a la fecha de la comisión del delito, a la fecha de la petición de extradición y a la en que el solicitado adquirió la pretendida nacionalidad colombiana. De acuerdo con las constancias del proceso, se tiene que la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de primera instancia de Marsella se produjo el 5 de enero del año de 1973, que la solicitud de extradición por parte del Gobierno francés se recibió en el Consulado de Colombia en París el 12 de agosto de 1977. *Y, finalmente, como ya se anotó, la pretendida naturalización se cumplió en el mes de agosto de 1976, es decir, que el hecho delictuoso y la sentencia condenatoria fueron ejecutados el primero y dictada la segunda, mucho antes de que el señor Fiocconi hubiera intentado adquirir la nacionalidad colombiana, pudiéndose deducir por lo anterior, que el reconocimiento que como hijo natural suyo hizo el señor Hernando Rojas Gooding no perseguía otra finalidad distinta que la de buscar un amparo, fraudulento desde luego, para evitar la extradición solicitada.*

Frente a semejante situación no es desde ningún punto de vista aceptable para el buen nombre del país, que sobre la evidencia de los hechos que se han dejado indicados se niegue la solicitud de extradición de un nacional francés con tan amplia trayectoria delictiva.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia de Colombia —Sala de Casación Penal—, emite concepto FAVORABLE al reclamatorio de extradición del señor Laurent Fiocconi o Laurent Rojas Fiocconi o Charles Laurent Rojas Fiocconi, hecho por el Estado de Francia a Colombia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

Veredicto contradictorio y veredicto contraevidente

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 24031.

Aprobado: Acta número 63.

Bogotá, D. E., septiembre 7 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 29 de julio de 1977, que confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, el 28 de marzo del mismo año y mediante la cual se condenó a José Ignacio Cepeda Guevara, por el delito de *homicidio* en la persona de José Jairo Garavito, a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias de rigor y, en abstracto, a pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

Hechos

Quedaron resumidos por el Ministerio Público, en la siguiente forma:

"... el día 24 de diciembre del año pasado, cuando se celebraba en las horas de la noche una fiesta en la casa de José Ignacio Cepeda, fue invitado a ella, entre otros, José Jairo Garavito, quien luego de haber tenido un cruce de palabras con el primero de los nombrados salió e hizo dos disparos de revólver, por lo cual Cepeda le hizo el reclamo en la calle, frente a la puerta de su residencia, situada en el barrio San Martín de Loba, número 38-51, diciéndole que respetara, que guardara sus armas y que no fuera humillativo; que posteriormente cuando el hoy occiso se disponía a salir de la casa mencionada para donde un hermano fue desafiado a pelear por alguno de los asistentes al baile, que se regresó y entonces fue cercado por los sujetos citados, instante en el que principió a retroceder para caer metros después en estado preagónico, siendo conducido luego a una tienda vecina en donde falleció a consecuencia de una puñalada; que entre tanto sus atacantes se entraron a la habitación del hoy sindicado, habiendo trancado las puertas para no dejar entrar allí a nadie, hasta que llegó la policía, quien los condujo a la Comisaría respectiva ...".

Actuación procesal

El 26 de diciembre de 1974 el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de esta ciudad declaró abierta la investigación. El sumario se instruyó hasta su perfeccionamiento.

El juzgado del conocimiento que lo fue el Segundo Superior cerró la investigación y calificó su mérito llamando a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a José Ignacio Cepeda Guevara, por el delito de homicidio, determinación calendada el 4 de agosto de 1975 y que alcanzó su ejecutoria en esa instancia.

Efectuada la audiencia pública el 11 de marzo de 1977, el jurado de conciencia declaró responsable al procesado conforme al pliego de cargos. Dicha veredicción fue acogida por el juzgado en sentencia del 28 de marzo de ese mismo año.

El Tribunal al conocer por vía de apelación del citado fallo, lo confirmó en sentencia de condena que ahora es objeto de este recurso extraordinario.

Estudio de la demanda

El recurrente, después de señalar el fallo materia de impugnación, de hacer un resumen de

los hechos y de la actuación procesal, propone las causales tercera y cuarta de casación (numerales 3 y 4 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) para demostrar a través de ellas que la sentencia no puede subsistir en derecho. La Corte, en aplicación del principio de prioridad, procede a analizar, de primero, la última censura.

1. *Causal cuarta.*

Afirma que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad, porque se atropelló el derecho de defensa del procesado. Al respecto indica: "... a mi representado se le negaron pruebas, sin fundamento alguno, fundamentales para comprobar su inocencia, como la reconstrucción de los hechos y diligencias de careo ...", las que en el peor de los casos hubieran establecido que éste obró en riña imprevista. Por tal motivo insinúa que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Sobre este aspecto expresa el Procurador:

"... Cabe anotar en primer término, que las mencionadas pruebas —inspección judicial (reconstrucción)— y careos fueron ordenadas oficiosamente desde la iniciación de la investigación (folio 6) y se reiteraron por el juez del conocimiento, al disponer ampliar aquella (folio 92, cuaderno 1º); por manera que no podría decirse que en este sentido se negó petición de la defensa, que estuvo a cargo de varios profesionales.

"Impartida comisión, aparece que se libraron órdenes de citación para los testigos, en cumplimiento de lo ordenado (folios 101 a 105, cuaderno 1º), las cuales según informe secretarial no tuvieron efecto, aunque seguidamente aparecen oídos varios de estos testigos (folios 113 y siguientes); en el período probatorio de la causa, no obstante la omisión en la práctica de las pruebas dichas, decretadas como se dijo, el señor defensor, aunque solicitó otras pruebas, no insistió en la necesidad o conveniencia de cumplir las indicadas, posiblemente por no estimarlo dispensable.

"Así, no se desconoció petición de la defensa; y aunque no se cumplieron tales pruebas, no puede decretarse por este solo motivo la nulidad, ya que la actuación del procesado se demostró por medio de las pruebas cumplidas, según las cuales vieron al procesado que tenía cuchillo en el momento de los hechos y no se demuestra debidamente, el quebranto del derecho de defensa alegado en vista de lo anotado y la incidencia que pudiera tener tal omisión ...".

La Corte encuentra ajustadas a la realidad procesal las anteriores observaciones y comparte, por ende, los corolarios jurídicos que de ellas deduce el Ministerio Público. Sin embargo, agrega que para que haya violación del derecho de defensa es necesario que su ejercicio se obstaculice por algún modo; o que el desamparo del procesado, por parte del apoderado o defensor, sea tan evidente que sólo la inercia vendría a explicar su condena.

Como ninguno de estos eventos, obstrucción o desamparo en la defensa, se cumple en el caso que se examina, hay que concluir que el cargo no prospera.

2. *Causal tercera.*

Precisa que la sentencia se dictó sobre veredicto contradictorio "... pues el veredicto del Jurado de Conciencia es claramente contrario a la evidencia de los hechos ...", por lo que "... fue dictada en un juicio que desconoció las pruebas (declaraciones), favorables al incriminado Cepeda Guevara, y en cambio dio validez a las expuestas por sus sindicadores ...". Para apuntalar el cargo comenta las declaraciones de Patrocinio Garavito, Héctor Julio Pineda, Cándida Rosa Cuéllar, Antonio Patiño Pinzón y otros.

Este reproche lo contesta el Ministerio Público, así:

"... Como se ha interpretado reiteradamente por la jurisprudencia, veredicto contradictorio es aquel que por contener oposición o contradicción en sus términos, no puede considerarse que define la situación planteada, ni consecuentemente puede fundar la sentencia por ser inexistente, con las consecuencias de que debe repetirse el juzgamiento, dada su invalidez.

"No es esta la situación demostrada en este proceso, pues el veredicto es absolutamente claro, sin que exprese la demanda en que radica la oposición referida; lo cual por otra parte no podría hacerse, ya que es simplemente afirmativo; y refiere tal oposición a que según las pruebas, no tiene sustento suficiente y resulta contrario a la interpretación de las mismas.

"Se coloca así el demandante, en situación jurídica distinta, pues la acusación —como se desprende incluso de los términos empleados— se remite a error en la apreciación de las pruebas, que no demostraban la responsabilidad del procesado, según su interpretación; y entra así al campo de la causal primera por violación indirecta de la ley, sin que su alegación tenga cabida en la causal invocada ...".

Esta atinada respuesta envuelve una crítica de fondo que deja sin piso el reproche. La verdad es que el actor confunde el veredicto contradictorio con el veredicto contraevidente, porque al parecer ignora que aquel se ubica en el campo de los actos procesales inexistentes, mientras que éste nace a la vida jurídica manchado de notoria injusticia. Por razón de ese falso entendimiento pretendió demostrar que la veredicción contrariaba la verdad probatoria, sin caer en cuenta que la contraevidencia del veredicto no está consagrada como causal de casación.

Los aludidos errores de técnica hacen que el cargo no prospere.

En mérito 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, NO CASA la sentencia condenatoria de veintinueve de julio 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.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante Luis Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR DE HECHO. — ERROR DE DERECHO

Técnica en su demostración

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 63 de septiembre 7 de 1978.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

Contra la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el 18 de febrero del año en curso, y mediante la cual se absolvió a Lía Burgos viuda de Rodríguez, a quien se llamara a juicio para responder de la violación al artículo 38, ordinal 1º, del Decreto 1188 de 1974, ha recurrido en casación el fiscal 1º de esa Corporación.

De la demanda se corrió traslado a la Procuraduría, para efectos señalados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pero la Delegada se abstuvo de hacer uso de esa facultad.

De los hechos y la actuación procesal

El propio impugnador acepta la versión consignada en el auto de proceder. De ahí que ahora se reproduzca:

"... Por informaciones obtenidas en las dependencias de la Policía Antioquia, Sipec, según las cuales en una residencia ubicada en la carrera 40 número 57-23 del barrio Boston de esta ciudad se expendía marihuana, fue comisionada una patrulla de agentes al mando del Suboficial Luis Roberto Saldaña, para que practicasen un registro al inmueble, previa orden de allanamiento por parte del Inspector de Policía del lugar. En las horas de la mañana del 18 de marzo del corriente año, los secretos se trasladaron al sitio indicado y con autorización de la dueña de la casa, Lía Burgos viuda de Rodríguez, procedieron a la requisa de rigor, encontrando dentro de una bolsa plástica 75 papeletas de marihuana listas para el expendio; y enterrados en el subterráneo de la casa, cinco 'tacos' grandes de la misma sustancia. Cuando esto ocurría, se presentó a la residencia el joven Hernán Darío Lopera Cárdenas a efecto de pagarle a la señora Burgos cinco pesos que le debía de unos cigarrillos, pero su actitud no fue del agrado de los policiales y por ello procedieron a detenerlo ...".

La investigación la avocó el Juzgado Catorce Penal Municipal de Medellín, despacho que en auto de 29 de marzo de 1977, decretó la detención preventiva de Lía Burgos viuda de Rodríguez. Perfeccionado el sumario, el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito procedió a su clausura (abril 30 de 1977), calificándolo con un vocatorio a juicio (junio 14 de 1977). La sentencia condenatoria (noviembre 5 de 1977) reconoció un estado de necesidad excedido y de ahí que impusiera a la procesada seis meses de presidio y ochocientos cuarenta pesos de multa, así como las accesorias pertinentes. El Tribunal, como se dejó visto, absolvió a la Burgos viuda de Rodríguez al reconocer que "el caso de autos comporta, pues, una situación de peculiares contornos que merece un tratamiento de excepción, que no es dado ignorar o desconocer. Si la acusada alegó, y en el proceso hay factores de persuasión que inducen a creerle, que obró en estado de necesidad, de abandono y desesperanza, aún la simple duda sobre la presencia de ese fenómeno no habría manera de eliminarla ya, y siempre tendría que resolverse en su beneficio (Código de Procedimiento Penal, artículo 216). Se revocará, es obvio, el fallo condenatorio *sub examine,* aceptándose, en

cambio, la inculpabilidad de Lía Burgos viuda de Rodríguez en la conducta que le significó el pliego de cargos''.

De la demanda y su respuesta

Invoca el recurrente la causal primera, aparte segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pero involucra los dos aspectos fundamentales de la causal cuando anota que ''... el honorable Tribunal ... incurrió en error de hecho y de derecho, ostensible por cierto, en la estimación del recurso probatorio, atribuyéndole un valor que no tiene, error que le llevó a absolver a la sindicada cuando en realidad, existe mérito más que suficiente para condenar''. A continuación expone las razones que, en su opinión, repudian el estado de necesidad admitido en la sentencia censurada. Los elementos probatorios existentes le permiten deducir cierta capacidad económica en la procesada, lo cual desaloja la justificación negativa o la exención de responsabilidad que trae el artículo 25 del Código Penal. ''Se tiene entonces, agrega, una confesión divisible, muy lejos de ser espontánea, reiterada; no es el reflejo de la verdad, sino el impulso de quien se ve envuelto en las redes de la justicia. Resulta improcedente otorgarle a la confesión de la señora Lía Burgos viuda de Rodríguez, la presunción de verdad señalada en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal ... Como recurrente, entiendo, que no me he limitado a consignar una serie de apreciaciones personales, para oponerlas al criterio del fallador de segundo grado, sino a establecer, de manera objetiva, real, que los presupuestos que se invocan y sobre los cuales descansa la sentencia, para reconocer el 'estado de necesidad', no son compatibles con el acervo probatorio que arroja el proceso, que demuestra, precisamente lo contrario, vale decir, que el fenómeno no se configura. Se presenta en consecuencia un error de hecho y de derecho en que incurrió el fallador, que aparece de manera ostensible, con un quebrantamiento de la ley, 'que no se hubiera aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error' ...''.

Consideraciones de la Sala

A pesar del esfuerzo crítico de la Fiscalía que busca agotar los motivos de reflexión sobre los aspectos probatorios del proceso, la demanda no satisface los requisitos que la técnica de casación exige. En efecto, el impugnador acude a la violación indirecta de la ley sustantiva, pero olvida mencionar los preceptos legales quebrantados. No hay mención alguna al respecto. De otro lado, invoca como censura el error de hecho y derecho, pero se olvida de precisar si el Tribunal le concedió inexacto valor a algún medio probatorio, o le negó el que realmente tenía o llegó a considerar el que había sido aducido en forma ilegal al proceso. Tampoco se sabe si ese juzgador ignoró u omitió prueba existente o reconoció alguna inexistente. No puede la Sala determinar, rigurosamente, el sentido de esas observaciones ni la dirección exacta de éstas. A veces se columbra que el problema reside en el valor concedido a la confesión de la absuelta, pero entonces aparece el insalvable obstáculo lógico de no poder conciliar la referencia del error de hecho y de derecho a un mismo e idéntico medio probatorio. Conviene advertir, además, que el recurrente no resulta veraz cuando califica sus argumentos, opuestos a los consignados en la sentencia censurada, como ajenos a criterios eminentemente subjetivos. A las claras se palpa que algunas de sus lucubraciones, las que apuntan a destruir el estado de necesidad (en su forma pura o excedida) corresponden a afirmaciones personales que no se acompañan de la debida cita de los elementos de convicción allegados al expediente. El Tribunal, por el contrario, tiene oportunidad de mencionar, en respaldo de la criticada confesión, comprobaciones testimoniales que, sometidas a afortunada crítica, autorizan una convicción como la que se formaron los Magistrados. No hay, en este terreno, un error manifiesto, ostensible, que a primera vista sacuda el entendimiento y advierta el desvío de la justicia. Podrán darse discrepancias de criterio, pero no enfrentamientos abiertos y pugnaces, que demuestren, a su simple enunciado, la equivocación del Tribunal.

Conviene, entonces, recordar la mantenida doctrina de la Corte sobre aspectos como los comentados: ''... c) Las exigencias de que se expresa la causal que se aduzca *y se* indiquen en forma clara y precisa *los fundamentos de ella, citando las normas sustanciales que se estimen violadas, obedecen al criterio de que la Corte no es omnímoda para juzgar de la sentencia recurrida, amparada por una presunción de acierto, razón por la cual tiene que ceñirse a las acusaciones que se le hayan formulado en la demanda, siempre que éstas consulten la forma prescrita por la ley.*

''d) Finalmente, como cada causal de casación tiene sus características propias y sus específicas proyecciones, es lógico que la técnica del recurso exija que a las causales distintas correspondan

razones y argumentos impugnatorios diferentes, los cuales deben exponerse en capítulos separados.

"2. c) Que si la censura se construye sobre la base de un error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente en la decisión adoptada por el sentenciador de segundo grado, se alegue por el recurrente sobre ese punto, concretando el elemento de juicio mal apreciado y demostrando el yerro mismo, que debe ser ostensible, manifiesto: no haber visto la prueba que obra en el proceso; o suponer la que no existe; o desfigurarla, haciéndole expresar lo que ella no dice, que es tanto como suponer un medio de convicción inexistente.

"d) Que si la acusación se erige sobre un error de derecho *en la estimación de un medio probatorio, además de precisarlo, se indique el precepto legal que regula su valor, demostrando que el juzgador le atribuyó un mérito que la ley no le asigna, o le negó el que ésta le otorga...".*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DESECHA el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria ya indicada en su fecha y origen.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INFRACCION INDIRECTA

No es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios en que interviene el jurado de conciencia

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 63 de septiembre 8 de 1978.

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

En sentencia de treinta y uno de enero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, impuso a Luis Hernando Morales Rincón (alias Chanvero), siete años, nueve meses de presidio, así como las accesorias pertinentes, por la comisión de un delito tentado de homicidio - asesinato, en la persona de Javier de Jesús Arango Orozco.

En fecha oportuna se interpuso el recurso de casación, admitido en auto de cinco de abril del citado año. La demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de ley, en proveído de dieciocho de julio del año en referencia. Ahora, obtenido el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que se muestra adverso a las pretensiones del impugnador, procede la Sala a pronunciarse de fondo.

Hechos y actuación procesal

Se toma la versión que aparece en el auto de proceder:

"... En el bar 'La Cueva' del Municipio de Sonsón cuando el cronómetro se situaba alrededor de las siete de la noche del 23 de noviembre de 1975, se armó violento zafarrancho entre Hernando Arango Orozco y Hernando Morales Rincón, a consecuencia de haber penetrado este último al establecimiento referido 'poniéndole problema a todo el mundo' (folio 41), choque corporal del cual resultó lastimado contundentemente, en cinco regiones diversas de su cuerpo (folio 4), el intruso Morales Rincón, quien por lo demás anduvo por el sector 'dando tumbos' de borracho, aumentando así con seguridad el deterioro sufrido con los puñetazos que le propinara Arango Orozco.

"Tal fue el acicate para que el lastimado se proveyera de peligrosa barbera y se diera a la búsqueda de su victimario, logrando su localización —según sus sentidos— al cabo de una media hora, o un poco más, en el bar 'La Garita' muy cercano al cafetín atrás citado, proporcionándole iracunda y brutal zajadura en el cuello del ofendido, que por poco no le causa 'el corte de franela' como que la herida fue de aproximadamente 31 centímetros que 'interesó piel, tejido celular subcutáneo, músculos, entre ellos el esternocleidomastoideo izquierdo ...' penetrando, en la parte posterior del cuello, hasta la columna cervical, sin producir —como por milagro— fractura en ella.

"El agente activo de este delito quiso incluso continuar su virulento ataque, pero las maniobras defensivas del lesionado truncaron el propósito letal del agresor, quien al mismo tiempo pronunciaba frases que señalaban la preordenación de su fuero interno hacia la supresión de una vida humana.

"Hubo, sin embargo, un caso de *aberratio ictus,* por cuanto a causa de un error sufrido por el sujeto activo del delito, la acción criminal recayó en una persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción. Se está, pues, dentro de las previsiones del artículo 14 del Código Penal.

"Ello porque la acción estaba enderezada contra Hernando Arango Orozco, quien momentos antes lo había golpeado, y no contra su hermano Javier de Jesús Arango Orozco, que fue el hombre que sufriera al final el escalofriante 'barberazo', por tener gran similitud física con su consanguíneo.

"Sucedido lo anterior, ambos protagonistas recibieron atención hospitalaria y se dio origen al averiguatorio penal ...".

Este lo avocó el Juzgado Penal Municipal de Sonsón (noviembre 27 de 1975), funcionario que decretó la detención preventiva, a título de homicidio imperfecto de Luis Hernando Morales Rincón (diciembre 2 de 1975), decisión que recurrida fue confirmada por el Tribunal (enero 30 de 1976). Perfeccionado el sumario, se declaró su clausura (abril 20 de 1976) y se produjo el vocatorio a juicio (julio 7 de 1976) para responder el procesado del "... delito de homicidio, de que versa el Código Penal, Libro Segundo Título XV, Capítulo I, consistente el cargo que se le formula, en haber intentado dar muerte a Hernando Arango Orozco, con intención de matar, mediante el uso de arma cortante (barbera), habiendo recaído la acción a la postre en la persona de su hermano Javier de Jesús Arango Orozco ...", proveído que ratificó el Tribunal (agosto 20 de 1976), con la modificación de tratarse de homicidio-asesinato, en la modalidad de tentativa, pues concurría la causal 5ª del artículo 363 del Código Penal. Al jurado de conciencia le fue sometido el siguiente cuestionario: "¿.. El acusado Luis Hernando Morales Rincón (alias 'El Chanvero') es responsable de haber intentado dar muerte, con el propósito de matar a Hernando Arango Orozco, mediante el empleo de arma cortante (barbera) y aprovechándose de las circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima, habiendo recaído la acción a la postre en la persona del señor Javier de Jesús Arango Orozco y no habiéndose podido consumar la muerte por circunstancias ajenas de su voluntad, según hechos sucedidos a eso de las siete y media de la noche del 23 de noviembre de 1975 en el bar 'La Cañada' del Municipio de Sonsón (Antioquia) de esta jurisdicción?..". La respuesta, acordada por unanimidad, fue: *sí es responsable.*

Conforme a esta veredicción, el Juzgado Décimo Superior produjo sentencia condenatoria (octubre 4 de 1977), confirmada, como se dejó dicho, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

La demanda

Dos causales se invocan. La cuarta del artículo 580, como consecuencia de la segunda del mismo dispositivo. Y la primera.

En cuanto a que "la sentencia se haya dictado en juicio viciado de nulidad", se hace consistir el cargo en la violación del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe determinar la especie delictiva que se juzga. "Al hacer consistir el cargo —comenta el censor— en haber intentado dar muerte con intención de matar", se está determinando dentro del género de delito-homicidio la especie a que pertenece en el título "Delitos contra la vida y la integridad personal" y el capítulo "Del homicidio", que en los diferentes artículos, vale decir especies, agrupa, el homicidio de propósito o intencional, el asesinato, el por piedad, el ultraintencional, el concausal, la inducción al suicidio, el consentido, el por honor y el culposo. Al admitir y darle aceptación procesal, como se ha hecho, a esta modalidad enjuiciatoria, equivale a llamar a juicio por el delito previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal que expresa: "El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro ...", lo que está vedado expresamente por la ley. Tal actuación, borra de un tajo las barreras entre lo genérico y lo específico y hace nugatoria la diferenciación que el legislador quiso establecer en este campo en guarda de los intereses del derecho de defensa, que así se verían conculcados o extraordinariamente limitados.

Y agrega el recurrente: "En el juicio que se sigue contra Morales Rincón se presenta dicha eventualidad (nulidad del juicio), puesto que la errónea denominación jurídica de la infracción, consignada en la parte resolutiva del auto de proceder, generó la nulidad de tipo legal a que se contrae el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, lo que da viabilidad a la aplicación de la causal 4ª de casación para invalidar parte del proceso que por el delito de 'homicidio-asesinato' cursa contra el sindicado".

La causal primera del artículo 580 de la obra en referencia, se utiliza para desconocer el propósito de matar que fue reconocido en el comportamiento del procesado. Para el memorialista vale más la reiterada expresión de Morales Rincón "en el sentido de que no se acuerda de nada y por el estado de alicoramiento o de grave intoxicación que lo aquejaba en los momentos en

que se sucedieron los hechos", que los otros motivos tenidos en cuenta por el juez de derecho y aceptados por el jurado de conciencia.

La calidad del arma utilizada (barbera) "no es prueba eficaz del propósito homicida, porque es eminentemente equívoca, ya que bien pudo utilizarse para herir sin designio definido". En cuanto al sitio anatómico de la lesión "hay que anotar que no está probado que Morales Rincón lo haya escogido exprofeso, ni que tuviera conocimiento de las partes anatómicas vulnerables letalmente, ni que hubiera tenido tranquilidad de ánimo en aquellos rapidísimos momentos para precisar el sitio donde iba a parar su golpe, ni que su estado de alicoramiento fuera propicio para ello". Y finalmente, en lo relacionado con las manifestaciones relatadas por algún testigo "ello se explica fácilmente por su embriaguez, que le obnubilaba la mente y que genera en estas ocasiones frases o expresiones que no corresponden a lo que se piensa o se siente, expresiones que por lo demás no son, ni con mucho, plenas pruebas, ni de que las dijo el procesado, ni de que corresponden a su intención".

Todo esto le permite al memorialista destacar la comisión de un manifiesto error de derecho "que trajo como consecuencia una mala calificación jurídica del delito".

Respecto de las normas legales violadas estima que "no se dio aplicación al artículo 216 ... sobre la estimación legal de la prueba, cuando se hizo caso omiso de las mismas circunstancias probatorias y los artículos 229 y 217 sobre indicio y plena prueba no fueron apreciados debidamente. De otro lado, no se acataron las voces del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal sobre requisitos formales del auto de proceder y se incurrió en la previsión del artículo 210 del mismo Código sobre causales de nulidad". Su petición final es que se case "la providencia recurrida, con base en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a través del inciso 2º de la causal 1ª de la misma norma y como consecuencial".

Del concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Su opinión es franca y totalmente adversa a las pretensiones del impugnador. Sus razones las expone así:

"... Primera. El motivo de nulidad invocado —haberse incurrido en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción— es impertinente.

"Esa causa de nulidad legal ocurre cuando el juzgador equivoca la calificación jurídica de los acontecimientos y los ubica en un tipo delictivo que no los comprende. Se trata, en verdad, de un problema de tipicidad, porque existe desacuerdo entre la norma penal sustantiva citada en el enjuiciamiento y los hechos demostrados en la etapa sumarial.

"Este principio de tipicidad constituye una real garantía del juzgamiento, porque el acusado tiene derecho a que el Estado concrete la acusación en el auto de proceder '... por el delito que corresponda, 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, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, ...'. Pero, además, se prohíbe en la parte resolutiva de esa pieza procesal '... determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, sin señalar el artículo especial que se considere aplicable', para que el acusado ejerza su defensa dentro de la amplitud que permite esta última calificación.

"Nada de lo expuesto ocurrió en el caso en estudio. La conducta realizada por Morales Rincón se ubicó en delito de homicidio, '... de que versa el Código Penal, Libro II, Título XV, Capítulo I ...' (folio 99), todo lo cual confirmó el Tribunal Superior de Medellín en su providencia de agosto 20 de 1976.

"La referencia explícita del auto de proceder de '... haber intentado dar muerte a Hernando Arango Orozco con intención de matar ...' en nada desvirtúa el género del delito allí reconocido porque, de todas maneras, la fórmula inequívocamente se refería al homicidio mencionado claramente en ese aparte del proveído enjuiciatorio.

"La inclusión del 'propósito de matar', en la parte resolutiva del auto de proceder no configura el motivo de nulidad invocado y tampoco quebranta las normas fundamentales del juzgamiento y del derecho de defensa, como se afirma en la demanda de casación, porque no existe ambigüedad en el cargo, ya que el acusado y su apoderado captaron claramente la imputación, formularon recurso de apelación ante el Superior, quien la ratificó, y ella fue ampliamente debatida en la audiencia con los resultados ya conocidos".

En consecuencia, no hay ninguna duda de que en la parte resolutiva del auto de proceder se atribuyó a Hernando Morales el delito genérica-

mente denominado "Del homicidio", así contemplado en el capítulo y en el título arriba precisados.

"*Segunda.* El motivo de nulidad invocado en el libelo exige que complementariamente el actor demuestre que la conducta investigada corresponde más bien a otro género de delito. Nada al respecto aparece en la demanda formulada a nombre del condenado Morales Rincón. Al contrario, más bien se trata de probar que no existió el homicidio en el grado de tentativa.

"Por tanto, también por este aspecto falla la acusación propuesta por la causal cuarta de casación.

"*Tercera.* La invocación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustantiva, es también contraria a la técnica propia de este recurso extraordinario. En efecto:

"La honorable Corte Suprema de Justicia en su más reiterada jurisprudencia, como que se remonta a noviembre de 1944, ha proclamado que en acuerdo con la función propia del jurado de conciencia en el proceso penal colombiano y a la naturaleza jurídica de las causales de casación, resulta impertinente atacar la prueba para demostrar que el Tribunal de conciencia erró en su estimación. El desconocimiento del veredicto es cuestión asignada a las instancias y no a la alta Corporación arriba mencionada y menos por el procedimiento del recurso extraordinario aquí propuesto.

"En consecuencia, la violación indirecta de la ley sustantiva por equivocada apreciación de las pruebas debe rechazarse de plano por ser absolutamente improcedente y porque ni siquiera se determina el tipo de error en que incurrieron tanto los jurados de conciencia como los juzgadores de instancia.

"*Cuarta.* Por último, es también evidente el desconocimiento de la técnica propia de este recurso extraordinario al hacer concurrir en forma complementaria o consecuencial una causal *in procedendo* con una *in judicando,* ya que los motivos de casación son autónomos dada su propia naturaleza jurídica y sus consecuencias en el campo del derecho.

"Además, en el caso en estudio un mismo problema jurídico —la intención de matar— se ataca como motivo de nulidad del orden legal y también como infracción de normas sustantivas por equivocada apreciación de la prueba. Tal planteamiento, como ya se apuntó, es inconciliable con la lógica porque las dos no pueden concurrir al tiempo para solicitar la invalidación del fallo condenatorio, como se pide al final de la demanda ...".

Consideraciones de la Sala

Primera censura.

Desacierta el casacionista al invocar como nulidad la inclusión, en la parte resolutiva del auto de proceder, el fenómeno de la tentativa y la intención de matar. La formulación del cargo corresponde a lo que la técnica y la tradición jurídicas enseñan al respecto. Claro resulta, con signos de situación evidente, que la mención del delito se hace a expensas de su calificación genérica (homicidio), singularizado en la reforma que introdujera el Tribunal, como homicidio-asesinato. Al describirse el cargo, el juzgador necesariamente debía señalar si se trataba de un homicidio cumplido con intención de matar o ajeno a este específico elemento subjetivo, como también agregar lo relacionado con el conato. En esta forma se precisaba de manera eficaz y adecuada el cargo del cual debía responder el enjuiciado. No hacerlo así hubiera implicado incertidumbre manifiesta, generadora de grave dificultad para la defensa. El censor, que insinúa pero no demuestra ni concreta la forma como se afectó el debido proceso, no puede señalar mejor modo de llamamiento a juicio. Si se aceptara su vaga recomendación, el efecto hubiera sido dudar si se trataba de un homicidio intencional, preterintencional o culposo, creándose así factores de compromiso para la debida defensa.

Además, en lo relativo a la imperfección del delito, en su desarrollo criminoso, era imprescindible aludir al fenómeno de la tentativa. Esta referencia daba precisión al cargo y no implicaba cambio del tipo básico, al cual se refiere el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. El instituto de la tentativa no figura en la parte especial, sino en la general. Mal puede entonces criticarse como variación de aquélla o de la modalidad delictiva especial, lo que corresponde a la segunda y no introduce una variación perjudicial, antitécnica o inconveniente en la formulación del cargo. Estas figuras de la tentativa (acabada e inacabada) y la coparticipación, constituyen tipos amplificados, o sea "dispositivos legales amplificadores del tipo", que tienen un carácter subalterno porque necesitan del apoyo de los tipos penales autónomos. El Código no puede, en cada uno de sus títulos, aludir a la tentativa o la coparticipación. Recoge estas instituciones en una parte general, la cual

opera, cuando sea el caso, en cada delito de los definidos y sancionados en la parte especial, o sea el Libro II de nuestro estatuto penal sustantivo. La prohibición del citado artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, no involucra lo relacionado con esa parte general del Libro I.

El cargo no prospera.

Segunda censura.

Este aspecto contradice lo que la doctrina de la Corte mantiene como criterio pacífico de la cuestión. El Ministerio Público tiene ocasión de recordar que, desde noviembre de 1944, se ha "proclamado que en acuerdo con la función propia del jurado de conciencia en el proceso penal colombiano y a la naturaleza jurídica de las causales de casación, resulta impertinente atacar la prueba para demostrar que el Tribunal de conciencia erró en su estimación. El desconocimiento del veredicto es cuestión asignada a las instancias y no a la alta Corporación arriba mencionada y menos por el procedimiento del recurso extraordinario aquí propuesto.

"En consecuencia, la violación indirecta de la ley sustantiva por equivocada apreciación de las pruebas debe rechazarse de plano por ser absolutamente improcedente y porque ni siquiera se determina el tipo de error en que incurrieron tanto los jurados de conciencia como los juzgadores de instancia".

Valga como reiteración de esta tesis la siguiente transcripción "... en fallos de 22 de agosto de 1969, 8 de mayo de 1970, 6 de octubre de 1971 y 24 de febrero y 19 de agosto de 1972, entre otros, que se reafirman, dijo esta Corporación, como lo recuerda muy bien el Agente del Ministerio Público:

"... no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otros), y en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluyen la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) ...". Casación noviembre 16 de 1972. Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez.

De otro lado, la serie de aspectos considerados por los jueces de hecho y de derecho, para deducir un propósito homicida en la conducta de Morales Rincón, ciertamente no corresponden a circunstancias inocuas, desvertebradas o apreciadas en su valor por el capricho de aquéllos. No. Por el contrario representan, en su individualidad y conjunto, motivos serios y atendibles para tomar una conclusión como la que se critica. El censor, en este campo, tiene que recurrir a reflexiones individualizadas y forzadas para poder sustentar una apreciación como la que patrocina. Un entendimiento lógico tiene que apartarse de este modo de pensar, que despoja los hechos de su explícita y unívoca naturaleza, máxime cuando la valoración debe realizarse de modo integral y coordenado. Imposible deducir como juicio ligero, incierto, manifiestamente errado y ajeno a las realidades, la apreciación del Tribunal y del jurado. De esa opinión se puede disentir, subjetivamente, pero no puede prosperar el personal criterio del memorialista, máxime cuando éste olvida el estudio omnicomprensivo de los varios aspectos considerados por los juzgadores.

Tampoco prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO SE CASA EL FALLO.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDADES. DEFECTOS PROCESALES

Sus diferencias

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65.

Bogotá, D. E., septiembre 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 25 de julio del año pasado que confirmó, sin modificaciones, la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de Barrancabermeja, interpusieron recurso de casación los condenados Apolinar Rivera, Milton Ferreira y Carlos Abel Galeano, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte.

El apoderado de los procesados, legalmente admitido como tal, presentó, también oportunamente, la correspondiente demanda de casación formalmente ajustada a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron señalados por el Tribunal en los siguientes términos, que la Sala estima acordes con las pruebas del proceso:

"... José de Jesús Gavanzo Quiroga y Ramón González Hernández, en la mañana del día dos de febrero de mil novecientos setenta y dos, salieron de su vivienda ubicada en la finca denominada 'Marquetalia', vereda 'El Zarzal', con el fin de dirigirse al sitio llamado 'La Bodega' en busca de sal y otros artículos; cumplida su misión, tomaron el camino de regreso deteniéndose en el trayecto primero para observar el trabajo de un buldozer, luego para hablar con el señor Luis Alberto Rúa sobre una cosecha, después para tomar un baño en las aguas del caño 'El Zarzal' y finalmente para hacerle cacería a unos simios. Cuando los jóvenes prenombrados se encontraban tratando de cazar a los animales fueron atacados con armas de fuego de diferentes calibres, quedando muerto en dicho sitio José de Jesús Gavanzo Quiroga y herido Ramón González Hernández, quien logró huir en forma precipitada, siendo más tarde atendido en el Hospital San Rafael de esta ciudad ...".

"... La ocurrencia de los delitos porque se procede fue debidamente acreditada en los autos y establecida desde el auto de proceder, mediante la diligencia del levantamiento del cadáver; acta de la diligencia de autopsia practicada por el médico legista en donde se afirma que José de Jesús Gavanzo murió violentamente a consecuencia de heridas causadas con proyectil de arma de fuego (23); dictamen de peritos en balística donde se describe la naturaleza de los proyectiles hallados en el cadáver y se determina el arma de donde provienen (72, del primer cuaderno); copia de la partida defuntiva de José de Jesús Gavanzo (139) debidamente identificada, reconocimientos médicos practicados a Ramón González (26-396 del primer cuaderno), en los que se describen las heridas recibidas por éste, su naturaleza y se fija una incapacidad definitiva de ocho días y, por último, plurales declaraciones sobre presanidad de las víctimas ...".

"... Conforme a estos elementos probatorios puede afirmarse la ocurrencia de los delitos de homicidio y lesiones personales ...".

"... Apolinar Rivera Castillo, Milton Ferreira Muralla, Hugo Ferreira Muralla y Felix Eduardo Herrera Rodríguez, fueron convocados a responder en juicio criminal, mediante intervención del jurado popular, como coautores del

delito de homicidio en José de Jesús Gavanzo y, entonces, se dedujeron las causales de agravación que contempla el artículo 363 del Código Penal en sus numerales 2º y 5º, pues conforme a las consideraciones hechas en tal providencia los encausados, al matar, lo hicieron con premeditación y aprovechándose de las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima. Así mismo se les llamó por el delito de lesiones personales deduciéndoles la causal 5ª de agravación del artículo antes citado, porque se consideró que el lesionado Ramón González se encontraba en condiciones de indefensión cuando fue herido ...".

"... A Carlos Abel Galeano se le imputaron los mismos hechos en idénticas condiciones de agravación, pero como cómplice necesario en ambos delitos ...".

"... Dentro del trámite del plenario, se convocó y se realizó la audiencia pública con intervención del Tribunal popular debidamente escogido y, conforme al vocatorio se formularon los (...) cuestionarios, a los jueces populares para que éstos decidieran sobre la responsabilidad de los encausados ...".

(Folios 8 a 10, cuaderno del Tribunal).

"... Agotado el debate oral el Tribunal popular entró a deliberar y después de tiempo prudencial entregó al juez de los estrados sus respuestas que fueron del siguiente tenor ...".

"... En lo referente a los cargos que por homicidio agravado y lesiones personales formuló el *a quo* contra Felix Eduardo Herrera Rodríguez, a los cuestionarios respondieron, por unanimidad con la siguiente fórmula: *No es responsable* ...".

"... Sobre los cargos que por homicidio agravado y lesiones personales agravadas se habían formulado en el auto de llamamiento a juicio contra Apolinar Rivera Castillo, respondieron en sendos veredictos así: *sí es responsable,* también por unanimidad ...".

"... En el mismo sentido se pronunciaron sobre la responsabilidad como partícipe de Milton Ferreira Muralla, pues por unanimidad contestaron con un *sí es responsable* ...".

"... De idéntico tenor y por los mismos cargos fue la respuesta al cuestionario sobre la responsabilidad de Hugo Ferreira Muralla. La fórmula fue: *sí es responsable* ...".

"... Por último, a Carlos Abel Galeano, se le convocó en juicio como cómplice necesario de los delitos de homicidio y lesiones personales agravadas. Las respuestas a los dos cuestionarios también fueron afirmativas de la responsabilidad...".

"... El juzgado de primera instancia, conforme al artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, que determina la concordancia de la sentencia con el veredicto dado por los jueces del pueblo, por no encontrar las decisiones del *jure* al absolver los cuestionarios, ni contradicciones ni contraevidentes, las acogió en su integridad y con base en ellas dictó las sentencias condenatorias y la absolutoria a que se refiere la providencia que por apelación y consulta se revisa...".

(Folios 20 a 21, ídem).

Demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por el apoderado de los recurrentes con base en la causal 4ª de casación, por haberse dictado en un proceso viciado de nulidad, "por falta de adecuada defensa", cargo que la demanda circunscribe a que "fuera de la actuación en la audiencia pública de los abogados encargados de la representación judicial de los procesados, no se hallan sino cuatro memoriales escritos en cinco años que duraron las dos instancias" y en el hecho de no haber solicitado éstos que se recibiera ampliación de la indagatoria del procesado Felix Eduardo Herrera Rodríguez que éste había solicitado para formular cargos a un tercero, ni la diligencia de reconstrucción de los hechos, actuaciones que el demandante estima que, de haberse realizado, habrían podido modificar la situación procesal de los condenados.

La demanda concreta los cargos en los siguientes términos:

"... Contrasta la ligereza de las peticiones formuladas por los defensores de los recurrentes con la gravedad de las omisiones que se observan en su gestión de defensa y que pueden puntualizarse así: ...".

"... 1º Los señores defensores de los recurrentes *no solicitaron* dentro del proceso ninguna prueba relacionada con los hechos ni con la personalidad de sus representados ...".

"... 2º El juzgado llamó a juicio a los recurrentes por delito de asesinato y de lesiones y los señores defensores de los recurrentes *no interpusieron* ningún recurso ni hicieron objeción alguna ...".

"... 3º Dentro de la causa, como consta al folio 44, al abrirse el término legal para probar los señores defensores de los recurrentes *dejaron pasar* la oportunidad sin gestión alguna ...".

"... 4º Como consta al folio 41 del 2º cuaderno, el sindicado Felix Eduardo Herrera Rodríguez único absuelto, solicitó sin ser atendido que se le permitiera ampliar su indagatoria, para 'denunciar' a una persona a quien involucraba en el proceso que se investiga y que debe ser objeto de investigación. *No sólo el juzgado faltó a sus deberes, al abstenerse de recibir el denuncio que se ofrecía por la misma persona cuyo testimonio se utilizó como prueba* en el llamamiento a juicio, sino que los defensores de los recurrentes se desentendieron de tal evento menospreciando lo que sustancialmente era favorable a sus representados ...".

(Folio 18).

"... Con el objeto de establecer 'si el hecho ocurrió o pudo ocurrir de determinada manera', como dice el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el contenido del testimonio acusatorio de Felix Eduardo Rodríguez era absolutamente necesario hacer la reconstrucción de los hechos, sobre todo no existiendo sino un testimonio único acerca de la comisión del ilícito. Y a pesar de ello, la diligencia no fue siquiera solicitada por los defensores ...".

"... Además, habiéndose presentado espontáneamente por Herrera Rodríguez el memorial del folio 41 del cuaderno 2º en que solicitaba *la ampliación de la indagatoria, con el fin de denunciar en el curso de ella a una persona que considero —decía— está involucrada en el proceso que se investiga y que debe ser objeto de investigación,* no sólo es inadmisible que el juzgado hubiera rechazado por extemporáneo el pedimento, sino que no lo hubiera tenido en cuenta para ordenar la recepción de la nueva indagatoria durante el término de prueba que transcurrió en silencio ...".

"... La honorable Corte Suprema de Justicia en casación de 22 de julio de 1966, dijo: *No basta, para concluir que hubo falta de defensa afirmar, por ejemplo, que el defensor no pidió pruebas, es necesario como lo ha dicho la Sala no sólo enumerar las pruebas que dejaron de solicitarse sino demostrar la repercusión que ellas habrían tenido en el proceso ...".*

"... Con el objeto de satisfacer la exigencia ya transcrita de la honorable Corte Suprema de Justicia me permito puntualizar las repercusiones necesarias de las dos pruebas omitidas ...".

"... Si el objeto del denuncio ofrecido por Herrera Rodríguez al folio 41 del cuaderno 2º, era señalar la responsabilidad de una persona no conocida en el proceso, es evidente que permaneciendo en secreto ese responsable se produjo un fallo injusto, no fundado en la verdad. Además, la producción tardía del denuncio ofrecido abría paso a la posibilidad de reformar los denuncios anteriores, luego de apreciarse su validez por el juzgador. En cualquiera de esas dos posibilidades es notorio que la situación de los anteriormente inculpados hubiera podido tener alguna modificación. Y por encima de todo, si la justicia hubiera tenido la oportunidad de oír al testigo único de cargo en una nueva deposición por él espontáneamente ofrecida se habría hallado en mejores condiciones de acierto, ya fuera por haberse revisado o rectificado totalmente el testimonio de cargo, por haberse modificado en forma sustancial, o por haberse podido apreciar debidamente la sinceridad del deponente. Nada de eso pudo ocurrir por no haber sido atendido el memorial del folio 41 del cuaderno 2º y, desde luego, *por no haber tenido los señores defensores de los recurrentes el cuidado de pedir la recepción de la prueba, que si el denunciante estaba en la obligación de producir al tenor del artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, era porque el juez estaba también en la obligación de recibir ...".*

"... De esta manera la negligencia de la justicia, cohonestada por el silencio de los defensores, dio lugar a que permaneciera ignorado por el juzgador algo que, en el caso de haber sido conocido, habría determinado una decisión diferente, y siempre favorable a quienes fueron condenados. En todo caso, por tal omisión, hoy existe la certeza, de que el fallo ha podido ser diferente ...".

(Folios 19 a 20).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante fundado en las siguientes razones, como consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga.

"... La inmensa mayoría de los incriminados son impotentes económicamente para adquirir la protección de calificado Procurador Judicial, protección que tampoco presta el Estado, como

debiera ser obligación suya. De ahí el por qué solamente se ordena categóricamente que tal defensa sea visible y actuante al momento del juzgamiento, conformándose el legislador con darle al acusado la facultad de ejercitar él mismo la llamada defensa material en todos los actos previos o anteriores a éste, el cual, vale apenas repetirlo, bajo ninguna circunstancia, ni con aceptación de ninguna excusa, podrá realizarse con ausencia del abogado defensor, experimentado en esta clase de actividades ...".

"... De conminarse con la nulidad constitucional los procesos en los cuales el incriminado durante la etapa del sumario no fue asistido por abogado titulado y experto en las disciplinas penales, como lo pretende el señor demandante, y que a diario se repite la misma petición, se tendrá una situación de caracteres caóticos, toda vez que, como atrás se indicó, la inmensa mayoría de los incriminados carecen de recursos económicos para gozar del patrocinio jurídico calificado o sea el prestado por profesional del derecho, de un lado, y del otro, que igualmente las estadísticas arrojan alto porcentaje con respecto a los procesos que se instruyen, sino totalmente, sí de manera parcial, en lejanos municipios donde no radican abogados y que muy esporádicamente a ellos llegan. Tan innegable realidad apareja el imposible lógico, aunque magnífico y deseable, de que cada procesado desde el primer instante de la imputación y durante el rastreamiento de su conducta y recolección de la prueba seleccionada para comprometerla, pueda gozar de la tutoría en los términos en que se ha venido hablando de ella ...".

"... El cargo que el señor demandante hace en el caso *sub examine* no puede prosperar de acuerdo con lo que se ha planteado. Porque si bien es cierto los recurrentes no tuvieron la asistencia legal como debiera tenerla todo imputado envuelto en los piélagos sumariales, sí se dio combate fuerte, en la audiencia pública, contra la acusación que se les concretó en el vocatorio a juicio, de lo que da fe indiscutiblemente el acta respectiva. Luego, entonces, por este aspecto, es decir, por el desenvolvimiento cabal de la defensa en el instante del juzgamiento, libre de toda mancha está el juicio, e inmune a la sanción reclamada por el impugnador ...".

(Folios 36 a 37).

Considerando

El actor circunscribe el fundamento del recurso a dos cargos fundamentales, consistente el primero en la inadecuada asistencia profesional de los condenados durante el desarrollo del proceso y el segundo en la falta de la práctica de dos pruebas que a su juicio, de haber sido realizadas, habrían podido modificar, de algún modo, la situación de los procesados.

1. La nulidad con rango de violación del derecho constitucional que ha venido reconociendo la Corte se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales, para los que el propio Código de Procedimiento prescribe las sanciones correspondientes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos que el artículo 26 de la Constitución señala para el juzgamiento de las personas, esto es, a ser juzgados conforme leyes preexistentes al acto que se imputa, a serlo por el Tribunal legalmente competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables que lleguen a promulgarse con posterioridad a la ocurrencia del hecho.

De estas cuatro hipótesis constitucionales es fácil advertir que a la que se refiere el casacionista es a la concerniente a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, que se reputa vulnerada por el recurrente en el supuesto de que los apoderados y defensores de los condenados no desplegaron la diligencia y cuidado que era menester para su adecuada defensa, y, por consiguiente, en la consideración de que si los abogados hubiesen realizado un mayor y más minucioso estudio del proceso, presentado más extensos y más frecuentes memoriales, interpuesto en cada ocasión los recursos pertinentes y solicitado la práctica de pruebas, los condenados, con tan activa y cuidadosa defensa, habrían conseguido su final absolución o, al menos, una condenación más benigna o favorable.

Las cuestiones así planteadas no se refieren, pues, a la falta absoluta o total de los medios de defensa de los procesados, que tuvieron estos; ni a la vulneración de sus derechos y garantías procesales, que les fueron reconocidos; ni a la falta de observancia de los trámites y términos que la ley prescribe para dar curso a la actuación, que fueron cumplidos, factores que dependen de las autoridades, cuya inobservancia ha venido sancionando la Corte; sino que se remiten a las actuaciones cumplidas por los apoderados y defensores de los procesados, respecto de las cuales no se afirma que estos no realizaron ninguna, sino que han debido desarrollar otra u otras, o cumplirlas con mayor frecuencia o más

oportuna o decidida o inteligentemente, que son factores que dependen del criterio personal del abogado sobre la oportunidad, viabilidad, procedencia o justicia de sus intervenciones y, al margen de estas consideraciones, que dependen incluso de la capacidad, inteligencia, sagacidad y sentido analítico de que disponga el defensor, cuestiones todas cuya índole escapa al dominio de los jueces y particularmente al de la Corte en casación.

Como esta Corporación lo ha sostenido de tiempo atrás, las llamadas nulidades constitucionales o supralegales son aquellas que atacan "las bases mismas de la organización judicial" (sentencia de 11 de febrero de 1948), esto es, las que "desfiguran el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento o desconocen garantías esenciales de las partes" (sentencia de 8 de mayo de 1970, CXXXIV, 295):

"... La jurisprudencia ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución Nacional y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causas con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 23 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencias de 18 de mayo de 1942, 15 de diciembre de 1950, 11 de julio de 1952, 23 de enero de 1953, 7 de diciembre de 1955, 7 de noviembre de 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 26 de julio de 1944, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948) ...".

"... ... ...".

"... La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, 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 Constitución Nacional, 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, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación ..." (sentencia de 8 de mayo de 1970, CXXXIV, 295).

Las circunstancias de que los apoderados o defensores estimen inconveniente la presentación de extensos alegatos, o perjudicial la interposición de recursos, o innecesaria e improcedente la solicitud de pruebas, es asunto que la ley ha dejado al prudente juicio de las personas que intervienen en el proceso penal, quienes pueden proceder como estimen que mejor conviene a sus intereses, sin que porque actúen en una u otra forma o dejen de hacerlo, se quebrante la estructura del proceso o se haga nugatorio el derecho de defensa; lo que constituye violación de las formas propias del juicio son las actuaciones u omisiones de los jueces o Magistrados que rechazan indebidamente los alegatos, extensos o no, presentados por las partes, o niegan la concesión de recursos a que éstas tienen derecho o la práctica de pruebas que están legalmente obligados a decretar o a practicar.

Por lo demás, no corresponde a la Corte hacer la calificación de la habilidad de los abogados, ni aplaudir o censurar la estrategia utilizada por estos en el cumplimiento de su misión dentro del proceso.

No prospera, pues, el cargo.

2. Por las mismas consideraciones, no constituye tampoco nulidad de rango constitucional, ni de otra clase, el hecho de que los apoderados o defensores estimaran en su oportunidad que era innecesaria o superflua la práctica de alguna o de algunas pruebas, mucho menos cuando ellas se referían, como en este asunto, la una a la práctica de una ampliación de la indagatoria de un procesado, no para referirse a su propio comportamiento ni al de los demás acusados, sino para denunciar a un tercero, propósito que el

denunciante podía cumplir por cualquier otro medio y ante cualquier otra autoridad, sin acudir a la ampliación de su indagatoria, diligencia que solicitó extemporáneamente y no reiteró en las siguientes oportunidades procesales; y cuando la otra prueba que el recurrente echa de menos, la reconstrucción de los hechos, sólo adquiere importancia cuando existe la duda, no planteada en este proceso, sobre si el hecho ocurrió o no de determinada manera; cuando la duda no existe, la diligencia es innecesaria.

No prospera, en consecuencia, el cargo segundo.

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, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 25 de julio del año pasado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTAFA. ABUSO DE CONFIANZA

Diferencias

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65.

Bogotá, D. E., septiembre 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jorge Mayorga Díaz, contra la sentencia de diecinueve (19) de enero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó la de fecha 12 de septiembre del año próximo pasado, en la que el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Bogotá absolvió al procesado y, en su lugar, lo condenó a la pena principal de dos (2) años de prisión y multa de dos mil pesos ($ 2.000.00), así como al pago de perjuicios por el delito de estafa cometido en el mes de noviembre de 1973 y del que aparece como ofendida Marina Valderrama.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse los primeros diciendo que en el mes de noviembre de 1973 Jorge Mayorga Díaz, quien se hallaba por entonces en Madrid (España) con su familia, recibió de manos de Marina Valderrama un lote de esmeraldas con peso de ochocientos treinta y ocho (838) kilates, que aquella dijo eran de propiedad de Harold Wassermann, quedando comprometido Mayorga a pagar las piedras, cuyo valor ascendió a un millón ciento setenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos ($ 1.179.485.00) antes del siete de diciembre del mismo año, habiendo firmado en constancia el recibo correspondiente.

Dicho documento dice:

"Recibí de la señorita Marina Valderrama Muñoz, con cédula de ciudadanía Nº 20225342 de Bogotá, una mercancía, esmeraldas en bruto, por valor de un millón ciento setenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos ($ 1.179.485), de 834 kilates de peso con un total de 116 piedras. Dinero que me comprometo a cancelar antes del día siete de diciembre de 1973. Recibí a satisfacción (Fdo.) Jorge Mayorga Díaz, cédula de ciudadanía número 2868264 de Bogotá" (folio 5, cuaderno número 1).

Con fecha 19 de abril de 1974 Marina Valderrama, por medio de apoderado, presentó denuncia criminal contra Jorge Mayorga Díaz acusándolo de no haber cancelado hasta esa fecha el valor de las esmeraldas, valiéndose de varios pretextos que la denunciante califica de nimios y absurdos, por lo cual concluye que cometió el delito de abuso de confianza porque dispuso, apropiándose en su propio provecho, de una cosa mueble ajena que se le entregó a un título no traslaticio de dominio.

Con base en la denuncia que se deja mencionada se abrió la investigación en el presente proceso por medio de auto fechado a 20 de abril de 1974.

Durante el sumario se oyó sin juramento a Jorge Mayorga Díaz, quien manifestó, en síntesis (folios 22 y siguientes, cuaderno número 1), que después de efectuado en Madrid el negocio de las esmeraldas con Marina Valderrama ésta le hizo llegar, por intermedio de un Capitán Romero, piloto de Avianca, un paquete que recibió un hijo del exponente el trece de noviembre de 1973 y entregó al indagado el 15 del mismo mes y que contenía, no las esmeraldas que había negociado con la Valderrama, sino otras de inferior calidad y que se desmoronaban soltando harina como talco, por lo cual él llamó al padre de Ma-

rina y le mostró lo que le había enviado ésta pidiéndole que le recibiera las piedras, a lo cual el señor se negó. Cuando le escribió a Marina contándole lo ocurrido, ella le respondió diciéndole que las piedras no eran suyas y en vista de que no le quiso devolver el recibo que él le había dado, procedió a denunciarla iniciándose así un sumario que cursaba en el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Bogotá.

Por su parte, Marina Valderrama, quien declaró bajo juramento ante el Cónsul de Colombia en Madrid, expresó, en resumidas cuentas que Jorge Mayorga después de haber mirado detenidamente las piedras en el apartamento de la declarante en dicha ciudad y en presencia de Amparo Neira Gómez y del señor Harold Wassermann, llegó a un acuerdo con éste sobre el precio y le dijo que si las podía dar en consignación, a lo cual el propietario de las gemas le manifestó a la declarante que como ella conocía mejor a Mayorga hiciera el negocio con éste y le respondía por el valor de ellas. Mayorga dijo que las vendería ganándole doscientos dólares por kilate y que el precio se le enviaría a la declarante por intermedio de los padres de ésta, residentes en Bogotá. Agrega que Mayorga se llevó las piedras consigo advirtiendo que para entrarlas al país se valdría de su mujer y de su hija que viajaban con él. También expresó que el actual procesado firmó el recibo de que se ha hecho mención. Insiste en que las piedras le fueron entregadas a éste en consignación y termina diciendo que el nombre de Mario Romero no se mencionó en ningún momento (folios 62 y siguientes del cuaderno principal).

Corroborando todo lo dicho por la anterior declarante depuso, también bajo juramento y ante el Cónsul mencionado, Amparo Neira Gómez, quien agrega que las 116 piedras las empacó Jorge Mayorga en una bolsa de plástico que la declarante le facilitó y que ella vio cuando Marina Valderrama giró a nombre de Wassermann un cheque para respaldar la operación (folio 68 ibídem).

Mario Alberto Romero Forero, quien era navegante de vuelo al servicio de la empresa Avianca, declaró al folio 54 del cuaderno que se viene mencionando para decir que no es cierto hubiera traído un paquete a Jorge Mayorga enviado por Marina Valderrama. "A mí no me ha entregado Marina nada ni yo le he entregado a dicho señor nada, nada", expresa categóricamente.

De otro lado, Jorge Mayorga Salamanca, hijo del procesado, afirma que el 13 de noviembre de 1973 lo llamó Mario Romero para comunicarle que le tenía un paquete en su casa, por lo cual el declarante fue hasta allí y Romero le entregó un paquete amarillo envuelto como en papel higiénico que su padre, al dárselo, desenvolvió y dijo, al ver el contenido, que le parecía esas no eran las mismas piedras que había negociado.

Cerrada la investigación, el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Bogotá, al que correspondió el conocimiento del presente proceso, calificó el mérito del sumario con un auto de sobreseimiento temporal que pronunció el 29 de diciembre de 1975 y que fue revocado por el Tribunal, en providencia de 21 de julio de 1976 por medio de la cual se llamó a juicio a Mayorga Díaz por el delito de estafa.

Adelantado el plenario, se profirió, por el juzgado, sentencia de 22 de septiembre de 1977 en que se absolvió al procesado.

Apelada, el Tribunal la revocó por la que se deja mencionada al comienzo de la presente en la que, como se ha expresado el *ad quem* condenó a Mayorga Díaz y le impuso una pena de dos años de prisión más las sanciones accesorias del caso.

En dicha providencia el *ad quem* analiza el material probatorio allegado a los autos para concluir que no se trata de una cuestión puramente civil como alega la defensa y, reproduciendo lo dicho en el auto de proceder, asevera que "en tales condiciones hay que aceptar que Mayorga Díaz valiéndose de la amistad y del recibo firmado como respaldo de la mercancía, indujo a Marina Valderrama a engaño, haciéndose entregar en tal forma las esmeraldas, de las cuales se apropió obteniendo para sí un provecho ilícito con perjuicio de la vendedora, hechos estos que configuran el delito de estafa ...".

Examina, en forma especial, las contradicciones en que incurrió el procesado en su injurada como la de afirmar que la negociación de las esmeraldas tuvo lugar el día doce de noviembre cuando con anterioridad, en la denuncia contra Marina Valderrama había dicho que fue el siete de dicho mes.

Así mismo hace ver el Tribunal que si la negociación fue el doce, no pudo Marina haber mandado las esmeraldas con el navegante Mario Romero, quien viajó a Madrid el día cinco de dicho mes y regresó el ocho del mismo.

De otro lado observa que si entre Mayorga y Romero había existido con anterioridad un disgusto por la pérdida de una piedra, no era ló-

gico que se le fueran a enviar con este mismo individuo las que recibió de Marina Valderrama y a que se refiere el presente proceso.

Demanda de casación

Dos cargos hace a la sentencia recurrida, uno de ellos con base en la causal 4ª de casación y el otro fundado en la primera, aparte primero. Se resumen a continuación:

Primer cargo. Comienza por manifestar el actor que no admite se trate de algo distinto a una negociación civil, pero que aún en el campo penal no puede calificarse de estafa el hecho juzgado, sino sólo de un abuso de confianza.

Después de transcribir las partes pertinentes de la sentencia recurrida observa que Mayorga entró en posesión de las esmeraldas no mediante engaño a la señorita Valderrama Muñoz, sino por convenio con ésta y que aunque hubiera existido engaño con posterioridad a la recepción de las piedras, tal cosa no cambiaría el título del delito "esos engaños o mentiras, dice el demandante, apenas dan cuenta, se repite del *animus apropiandi*, pues ponen de manifiesto que el tenedor precario se quiere quedar con lo recibido, que no quiere devolver la cosa al tradente ofendiendo, así, el interés jurídico que se tutela en el delito de abuso de confianza, o sea el derecho de quien entrega por título que no transfiere el dominio a que la cosa sea devuelta o se le dé la finalidad pactada".

Insiste en que, en nuestra jurisprudencia, se ha seguido, en materia de estafa, la tesis carrariana de la *mise en scene* y que en el caso de autos falta esa etapa previa a la entrega de la cosa y en la cual el tenedor de la misma se determina a desprenderse de ella a virtud de las maniobras que pone en acción el defraudador.

Segundo cargo. Enmarcado, como se deja dicho, en el primer aparte de la causal primera de casación, esto es, por haberse violado en la sentencia, de modo directo, la ley sustancial, hace consistir el actor esta censura en que el juzgador *ad quem* le dio "alcance delictuoso a hechos totalmente ajenos al precepto que define y sanciona la estafa conforme a lo que determina el artículo 408 del Código Penal, y, en consecuencia, aplicó indebidamente este precepto para imponer sanción al señor Jorge Mayorga".

Insiste en que aun tratándose de una consignación de las piedras preciosas, el hecho no podría calificarse de estafa como lo hizo el juzgador de instancia, sino de abuso de confianza.

Pero advierte, a continuación, que de los autos aparece haberse llevado a cabo un contrato de compraventa "en el que se fijaron la cosa, el precio y hasta el plazo para cubrir éste, se tiene que con la decisión condenatoria recurrida, no sólo se aplicó indebidamente el precepto sancionador contenido en el artículo 408 del Código Penal (ajeno absolutamente a este convenio de compraventa), sino que se violó la norma constitucional que prohíbe la cárcel por deudas".

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado Penal solicita que se case la sentencia recurrida. Considera, al efecto, que tiene razón el demandante al formular el cargo de violación directa de la ley, pues en concepto del Ministerio Público "ningún elemento de juicio permite suponer que el recurrente se haya valido de artificios o engaños para inducir en error a la Valderrama y obtener por este medio la entrega de las gemas. En opinión de este Despacho las circunstancias que rodearon la operación comercial confirman la versión de Mayorga, quien, en consideración a la amistad o parentesco con la Valderrama, acudió al llamado de ésta, celebró el negocio, suscribió el recibo y esperó que las piedras fueran enviadas a Bogotá".

Por el contrario, cree que no debe aceptarse el cargo primero por cuanto hay contradicción en su planteamiento, pues acepta que la negociación entre Mayorga y Marina Valderrama pudo ser bien una compraventa o una simple consignación, siendo así que las dos cosas se excluyen.

Consideraciones de la Corte

La Sala habrá de estudiar, en primer término, el cargo propuesto inicialmente por el actor, esto es, el de nulidad por errónea denominación del delito por considerarlo probado y no compartir, en este aspecto, la autorizada opinión del Ministerio Público que pide sea desechado por error de técnica en su presentación.

En efecto, lo que la Corte ha exigido en casos semejantes es que el demandante no sólo demuestre que fue equivocada la calificación que los juzgadores de instancia dieron a la acción punible sino que establezca igualmente cuál debió ser el nomen juris *que debió dársele.*

En el presente caso, el impugnador cumple ambos requerimientos, pues dice que no se trata, en el caso de autos, de un delito de estafa como

lo calificó el Tribunal, sino de un abuso de confianza.

En verdad también alega que bien pudo ser el hecho juzgado un simple contrato de compraventa o de consignación, y tratarse en tal caso de una conducta lícita. Pero esta alegación no desvirtúa el fondo de la causal alegada, pues lo que el actor plantea no es, como lo cree la Procuraduría, que el comportamiento sub judice *sea lícito e ilegal, al mismo tiempo, sino que aquél lo considera ajustado a la ley, pero que en el caso de que la Sala estime que no lo estuvo, el delito cometido no sería, se repite, el de estafa, sino el de abuso de confianza.*

Ahora bien: resulta indudable, como lo dice el censor y lo acepta el Ministerio Público, que en el presente caso no se ha configurado el delito de estafa, sino el de abuso de confianza.

En efecto, sin compartir plenamente el aserto que hace el demandante de que nuestra doctrina se ha ajustado a la teoría carrariana de la mise en scene, *que significa, como su nombre lo dice, una especie de representación por medio de la cual el agente induce en error a la víctima para llevarla a entregar o depositar, en una palabra, a desprenderse de algo que está en su esfera de dominio para que pase a la del actor o a la de otra persona, lo cual reduciría el ámbito del comportamiento punible, la Sala ha exigido siempre una conducta activa de parte del delincuente.*

Este debe crear falsas apariencias (en lo que consiste la mise en scene*) o disimular, no por simple inacción sino mediante un comportamiento activo, las existentes.*

Así por ejemplo, no sólo comete estafa quien simula una enfermedad o incapacidad, para hacerse pagar una indemnización, sino quien atribuye la incapacidad que sufre a causas diversas de la verdadera con el fin de captar un provecho indebido (ejemplo de Manzini).

Otro tanto ocurre con el engaño, que nuestra legislación (artículo 402 del Código Penal), coloca al lado de los artificios como medio de estafa, pues si bien en este caso no se requiere una representación ni una apariencia material externa para inducir en error a la víctima sí se necesita presentar ante éste una falsa apariencia lógica o sentimental para moverla a engaño, como cuando se hace creer, sin otro recurso que las palabras, en la existencia de grandes empresas o de poder económico o en créditos que no existen o en la segura ocurrencia de acontecimientos que se sabe no van a tener lugar, etc.

Todo esto debe ir acompañado por un elemento subjetivo adecuado consistente en la conciencia de estar usando artificios o engaños con el propósito de inducir a alguien en error para procurarse así mismo o a otro un provecho injusto.

Es obvio que ese dolo tiene que ser anterior al momento en que el sujeto pasivo es engañado y también a aquél en que éste se despoja de la cosa y la entrega al agente o a otra persona.

También debe existir un nexo de causalidad entre la acción del culpable y el error producido en la mente de la víctima, así como entre éste y la entrega de la cosa y entre todos esos elementos y el daño que se produce a la víctima del error o a un tercero.

Faltando cualquiera de esos eslabones de la cadena causal viene a menos la estafa, lo mismo que cuando se altera el orden de ellos.

Significa lo anterior que la inducción en error debe preceder al provecho ilícito y al daño.

Cuando las maniobras engañosas, consistan o no en una mise en scene, *son posteriores a la entrega de la cosa, no puede hablarse de estafa sino de otro delito, por ejemplo, el abuso de confianza.*

Quien por un medio lícito ha entrado en posesión de la cosa y, con posterioridad a ese hecho, decide apropiarse de ella, no comete estafa sino otro ilícito o ninguno, según las circunstancias.

Aplicadas estas nociones al caso de autos se tiene que no apareciendo por parte alguna que el procesado Mayorga Díaz hubiera llevado a cabo maniobras engañosas, bien fueran artificios o engaños, para apoderarse de las esmeraldas, no es posible hablar del delito de estafa.

En cambio de autos aparece, tanto por la declaración de la denunciante como por la de Amparo Neira que Mayorga recibió el lote de esmeraldas en consignación, sin que pueda aceptarse el recibo que aparece en el expediente como un comprobante de compraventa. Por el contrario, dicho documento alude a mercancías (esmeraldas en bruto) que pertenecían, o al menos por ella fueron entregadas, a Marina Valderrama Muñoz, y, de esta manera, bien se ve que se van integrando los elementos propios del contrato de consignación o estimatorio de que trata el Título XVI del Código de Comercio, apreciación ésta que se acentúa aun más si se tiene en cuenta que se le fija un precio a dicha mercancía ($ 1.179.485.00) y que Mayorga se compromete a entregar, al vencimiento de un plazo (7 de diciembre de 1973), dicho valor. Sobre el contrato

de consignación o estimatorio dice el primer inciso del artículo 1377 del Código de Comercio: "Por el contrato de consignación o estimatorio, una persona denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste". Además, en la declaración de Marina Valderrama se lee que Mayorga Díaz pretendía vender las esmeraldas y ganarse doscientos dólares por kilate. Esta ganancia también está prevista en la ley comercial, pues el inciso segundo del mismo artículo en cita preceptúa que: "El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto del que resultare de la costumbre".

El contrato existente entre Marina Valderrama y Mayorga Díaz constituye, sin duda alguna, título no traslaticio de dominio y ese título aparece como elemento dominante de la infracción prevista en el artículo 412 del Código Penal que es la que aparece en la conducta del procesado.

Prospera en consecuencia la causal alegada en primer término, porque resulta claro que la sentencia se produjo en juicio viciado de nulidad "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal). La Sala dispondrá, en consecuencia (artículo 583 del Código de Procedimiento Penal) el envío del expediente al Tribunal de origen para que se proceda con arreglo a lo dispuesto aquí y se califique nuevamente el proceso que se remite con investigación cerrada.

Lo anteriormente dicho releva a la Sala del examen de la causal propuesta en segundo término. Aunque, bien miradas las cosas, su respuesta se encuentra en varios apartes de los razonamientos efectuados para aceptar la primera.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia recurrida para decretar la nulidad de todo lo actuado desde el auto de proceder, y ORDENAR que vuelva el expediente al Tribunal de origen para que se proceda, por quien corresponda, a la debida calificación jurídica de la infracción, pues la investigación permanece cerrada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTADO DE NECESIDAD

Sus elementos. Confesión como prueba única

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65 de septiembre 19 de 1978.

Bogotá, D. E., septiembre 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la procesada Luz Dary Duarte Lozada, contra la sentencia de 22 de noviembre del año inmediatamente anterior por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Primero Superior de Palmira, que impuso a la sindicada una pena de treinta y cinco meses de prisión al hallarla responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa.

Contra la decisión de segunda instancia la procesada interpuso, en la oportunidad legal, el recurso de casación, el que ha sido sustentado por medio de abogado ante la Corte.

Hechos y actuación procesal

Dan cuenta los autos que el señor Adalberto Solarte Solarte formuló ante el Juzgado Penal Municipal de Florida, denuncia penal en contra de la señorita Luz Dary Duarte Lozada por los delitos de "falsedad" y "estafa", hechos que el denunciante hizo consistir en que siendo empleada de la Caja de Crédito Agrario en la mencionada ciudad, la señorita Duarte Lozada "procedió a girar el cheque de gerencia ... por la cantidad de siete mil pesos ($ 7.000.00) a favor de Néstor Jaramillo. Este instrumento pasó a mi oficina en solicitud de la firma de aprobación y al hacerlo noté que la razón del depósito inicial no era lo suficientemente claro, anoto (sic), lo cual llamé la atención al señor Secretario y se procedió a establecer la veracidad de tal consignación ..., lo que comprobó posteriormente el señor ... Delegado Regional de Auditoría ... (quien) pudo establecer que con fecha noviembre 7 y diciembre 1º de 1975, se habían pagado cheques de gerencia con valores ficticios ... por la cantidad de $ 2.000.00 ... y por la cantidad de $ 3.000.00, los cuales fueron pagados por ventanilla" (folio 1º).

Correspondió al Juzgado Penal Municipal de Florida la iniciación del proceso que luego fue adelantado por el Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal, funcionario que una vez perfeccionada la investigación la envió al juez del conocimiento donde se calificó el mérito del sumario con el reconocimiento a la sindicada de la eximente de responsabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 25 del Código Penal —estado de necesidad—, el que fue consultada con el Tribunal, corporación que lo revocó y llamó a responder en juicio criminal a la sindicada, por los indicados delitos. Con apoyo en esa determinación se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia.

Demanda de casación y respuesta del Procurador

El recurrente, al amparo de las causales cuarta y primera de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula varios cargos así:

Causal cuarta. Primer cargo. Expresa el recurrente que "la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali ... fue pronunciada ... en un juicio viciado de nulidad procesal con arraigo en lo preceptuado por el artículo 210, numeral 5º

del Código de Procedimiento Penal, por haberse incurrido en el auto de proceder dictado por ese mismo Tribunal en error relativo a la denominación jurídica de la infracción''.

En desarrollo del cargo, el censor formula diversas observaciones al auto calificatorio así:

1. Que el Tribunal en el mencionado auto mediante el cual comprometió en juicio criminal por los delitos de falsedad documental y estafa a la procesada Luz Dary Duarte, hechos atribuidos a su conducta, en concurso material, no indicó ''si los documentos en que fundamentó el cargo de falsedad son públicos o privados''.

2. De igual modo, sostiene el demandante, que los asientos de contabilidad que fueron falsificados por la incriminada, no se les puede considerar ni siquiera como documentos privados, pues en el caso presente, apenas sí cumplieron la función de meras ''maniobras engañosa(s) encaminada(s) a la obtención de un provecho ilícito, configurativo del delito de estafa''. Por tanto, concluye el recurrente, ''se tiene que solamente la sindicada ejecutó el delito de estafa, no es de falsedad en documentos privados como se lo dedujo en el auto de proceder, por cuyo motivo, el Tribunal incurrió en evidente error relativo a la denominación jurídica de la infracción al considerar que 'los asientos de contabilidad' son documentos privados, cuando en rigor legal no son sino artificios o engaños encaminados a consumar el delito de estafa''.

Nulidad constitucional. Cargo único. El cargo descansa sobre la consideración de que la sentencia impugnada ''fue dictada sobre un juicio viciado de nulidad supralegal con arraigo en lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional'', nulidad que se hace consistir en la ''falta de precisión del cargo o cargos formulados en el auto de proceder''.

El censor repite los mismos argumentos presentados al amparo en la causal 4ª, ya que la incorrección que atribuye al Tribunal en la formulación de los cargos en el auto de llamamiento a juicio, la hace consistir precisamente en el hecho de no haber determinado la naturaleza de la falsedad que se imputaba a la procesada: si se trataba de falsedad en documentos públicos o en documentos privados. Y, de otra parte, igual que antes, en haber considerado la falsificación de los asientos de contabilidad como formas específicas de falsedad documental, cuando apenas sí, dice, se trataría de una de las modalidades de los artificios y engaños que requiere la estafa para nacer a la vida jurídica.

Causal primera. Cargo primero. ''Impugno la sentencia recurrida —expresa el libelista— con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su segundo aspecto concerniente a la violación de la ley sustancial'', ya que, afirma, el Tribunal, ''por errores de derecho en la estimación de unas pruebas y por manifiestos errores de hecho en la estimación de otras pruebas, aplicó indebidamente los artículos 233, 232 1, 33 y 408 del Código Penal, al dar por demostrado el cuerpo del delito de falsedad sin expresar de qué tipo de falsedad se refería, esto es, si se trataba de documentos privados, instrumentos negociables ... con lo cual se infringió el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, puesto que era indispensable establecer el cuerpo del delito''.

Nuevamente, y por diversa vía, el demandante insiste en que es errónea la calificación de documentos a los asientos de contabilidad, y por lo mismo considerarlos como objeto de falsedad documental, cuando apenas sí cumplieron su misión de artificios y engaños, factores integrantes de la estafa, y, entonces, al darles el Tribunal el valor de documentos ''incurrió en evidente error de derecho'', mucho más grave, si además se tiene que con base en tales documentos le dio por probado el cuerpo del delito de la falsedad documental.

Causal primera. Cargo segundo. ''El Tribunal sentenciador, por evidente error de derecho quebrantó en forma indirecta y por aplicación indebida el artículo 233 del Código Penal y por falta de aplicación el numeral 3º del artículo 25 y el 430 del Código Penal''.

El censor manifiesta, en desarrollo del cargo, que el Tribunal no apreció las diversas pruebas aportadas al proceso, todas ellas relativas a la comprobación de la eximente de responsabilidad —estado de necesidad— a que se refiere el numeral 3º del artículo 25 del Código Penal.

Que, la procesada, en su ampliación de indagatoria, al confesar la ilícita apropiación de los dineros pertenecientes a la Caja Agraria, expresó que la realización de tal conducta había obedecido a la necesidad de atender una calamidad doméstica relativa al grave estado de salud en que se encontraba su señora madre, y ante la imposibilidad de obtener los dineros necesarios para atender la urgencia diagnosticada por el médico,

doctor José Damian Hernández, quien así lo certificó en el proceso, al igual que las diversas personas a quienes recurrió la angustiada hija.

El recurrente, se extiende ampliamente sobre el examen relativo a los alcances de la eximente alegada, para sostener que en el caso de autos, tal situación se halla plenamente demostrada y así debe reconocerlo la Corte.

Causal primera. Cargo tercero. Finalmente, expresa el censor, que "impugno la sentencia recurrida por haber incurrido el Tribunal sentenciador en error manifiesto de hecho al haber dejado de apreciar una prueba legalmente producida y aportada dentro del término legal al proceso ... (pues) no tuvo en cuenta el Tribunal que la procesada antes de dictarse la sentencia de primera instancia había indemnizado totalmente a la persona ofendida ... de los perjuicios ocasionados por la infracción. En estas condiciones, las exigencias previstas en el artículo 429 del Código Penal, fueron plenamente satisfechas, pero este hecho no fue tomado en cuenta por el Tribunal sentenciador; cuando dictó la sentencia "no vio esa prueba", por cuyo motivo, incurrió en manifiesto error de hecho y quebrantó la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 429 del Código Penal".

Termina solicitando a la Corte que case la sentencia y absuelva a la procesada.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, responde a los cargos formulados en la demanda, así:

Respecto a los relativos a las nulidades ya de naturaleza legal ora de carácter constitucional, dice, que habiendo determinado la ley, con respecto a las entidades crediticias el número y la denominación de los libros que deben llevarse para que en ellos reciban registro cierto los asientos contables, es indudable que tales libros tienen el valor de verdaderos documentos, por lo que "no pueden ser calificados como lo hace el censor quitándole su verdadero sentido al valor dentro del concierto de los libros que la ley ha indicado como campo de contabilidad bancaria, etc.".

De esa suerte, la calificación que se dio a su alteración, como una forma o modalidad de falsedad en documentos "es cierta, legal e innegable, no pudiendo recibir la misma calificación la tesis del impugnante con respecto al delito de falsedad".

Y, en relación con la pretendida nulidad de carácter constitucional, expresa el Delegado, que el censor "se cuida ... en la individualización o identificación de aquellas formas del juicio que no tuvieron desempeño alguno en el caso presente, es decir, que fueron omitidas con grave perjuicio para el desarrollo pleno del derecho de defensa de la imputada", invitando a la Corte a que busque y encuentre la falla que interesó, en forma grave, el derecho de defensa, lo cual resulta evidentemente contraria, no sólo a la técnica, sino a la conocida y reiterada jurisprudencia de esta Sala.

A las consideraciones del Ministerio Público habría que agregar simplemente, y con respecto a la pretendida nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, que el hecho de que el Tribunal no hubiera determinado o calificado en forma expresa la naturaleza de público o de privado del documento que la procesada falsificó, en nada compromete la calificación del hecho ilícito, por cuanto que la calificación de falsedad es genérica y cobija, por lo mismo, las dos hipótesis planteadas por el demandante, sin que, se repita, para que se dé una acertada calificación al hecho sea preciso identificar la naturaleza de la falsedad que es título genérico de ilicitud. De otra parte, tampoco resulta totalmente cierto en todos los casos, y en este tampoco, que la falsedad en documentos pueda considerarse apenas como un simple medio o paso previo para consumar el delito de estafa. La simple consideración de que se puede ejecutar el delito de esta *sin la falsedad,* y al contrario, que se puede falsificar un documento sin que ello implique *necesariamente* la configuración de un delito de estafa, está a indicar que la ley, en ninguna de sus disposiciones ha entendido que la falsedad en documentos sea apenas un elemento constitutivo de la estafa, y que antes por el contrario, le ha dado un tratamiento de delito autónomo con un interés jurídico protegido, bien diverso del puramente patrimonial.

Las razones que expone el Procurador, pues, en relación con los dos cargos de nulidad son jurídicas y hacen que la censura no prospere.

En relación con los tres cargos que se formulan contra la sentencia, con apoyo en la causal primera, el Procurador sostiene que "el segundo y el tercero son ciertos, analizando únicamente... el primero de los citados por cuanto de aceptarse por la honorable Corte su alcance y consecuencias son de mayor extensión que las arrojadas por el otro, pues aquel produciría el levantamiento de toda pena para la procesada, mientras que éste sólo causaría su disminución".

En este orden de ideas, el Ministerio Público considera, que pese a la falta de técnica con que se formulan los cargos al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación "la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, guiada por un profundo sentido de equidad, estudia a fondo la imputación al fallo, pues se encuentra que ha de prosperar y para lo cual se tendrá en cuenta como elementos de juicio censores la enunciación del mismo cargo".

Luego de transcribir algunos párrafos de la parte considerativa de la sentencia en la que el Tribunal negó la existencia de la eximente de responsabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 25 del Código Penal, relativa al estado de necesidad, por cuanto que frente al comportamiento de la procesada, no se daría el requisito relativo a la "inevitabilidad de otra manera" del peligro que amenaza el interés jurídico cuya protección se busca a través de la comisión de una conducta considerada por la ley como delictuosa, por cuanto que en el caso de autos, el Tribunal halló como completamente insuficientes las diversas gestiones que la sindicada hizo con sus amigos para obtener el dinero necesario para atender la situación de inminente peligro en que se hallaba su madre, y en cambio, resolvió tomarlo de la entidad en donde trabajaba, considerando entonces, de este modo, que faltando uno de los requisitos de la eximente, el estado de necesidad alegado no se habría configurado, y por lo mismo, era necesario, en estricto derecho dictar sentencia de condena.

El Procurador entiende, que en el caso de autos, se estructura plenamente la eximente, y, por lo mismo, el hecho de que el Tribunal no hubiera hecho la necesaria y jurídica valoración de la prueba aportada al proceso, lo llevó a realizar "un falso juicio valorativo" de dicho material probatorio, con evidente violación del artículo 25 del Código Penal. "Así, si la indagatoria de la sindicada hubiera sido valorada oyéndose las voces del artículo 264 del Estatuto Procesal Penal, el *ad quem* habría aceptado, en unidad indivisible, todo su contenido como presunción verídica de estarse diciendo la verdad, pues que, probado el cuerpo del delito, ninguna otra prueba la contradice, la desmiente, le quita la credibilidad capaz de colocar la conducta bajo la protección de la regla 3ª del artículo 25 del Código Penal. Entonces, como el honorable Tribunal sentenciador se aparta de las reglas estimatorias del valor de la confesión, para en su lugar analizarla a su libre talento, incurre en protuberante e innegable error de derecho, propiciatorio del irrespeto a la norma sustancial".

Refiere el Procurador como el proceso arroja suficientes elementos de prueba —declaraciones en abundancia y certificación juramentada del médico que trató a la madre de la procesada—, que respaldan plenamente sus afirmaciones e impulsan al fallador a encuadrar su conducta con las exigencias de la norma que consagra la eximente, cuya aplicación solicita.

Se considera

El demandante, recuérdese, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, afirma que el Tribunal incurrió en evidednte error de derecho en la valoración de las pruebas demostrativas del estado de necesidad, o sea, que, si les hubiera dado el verdadero valor que la ley les otorga, la decisión hubiera sido necesariamente diversa.

La Corte, en sentencia de septiembre 1º de 1977, dijo, con respecto al ámbito y alcance del concepto del error de derecho como causal de casación:

"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 formas que la ley exige para su aducción.

"2. El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador. *En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe mostrarse con fuerza inobjetable".*

En el presente proceso se tiene reconocido que la procesada en su indagatoria reconoció haber sido la autora de los hechos calificados como delito e imputados a su actividad. Explicó cómo hallándose enferma su señora madre, la hizo examinar del ginecólogo doctor José Damián Hernández, quien le hizo un diagnóstico que implicaba una intervención quirúrgica de urgencia, dada la gravedad de la lesión que padecía la paciente. Inclusive, y a instancias, obviamente, de la procesada, el médico Hernández le hizo un presupuesto del costo de la operación que según lo expresa éste, ascendía a la cantidad de doce mil pesos, que con el ínfimo salario que deven-

gaba en la entidad crediticia oficial, era imposible que tuviera en ese momento en su poder, y desde luego, también casi imposible obtenerlo de la misma entidad patronal, por lo que, se vio precisada a buscarlo entre sus amistades o conocidos, quienes se abstuvieron de prestar el servicio solicitado, razón que determinó, en definitiva, a la angustiada hija a buscar el dinero por los medios que han sido calificados como ilícitos.

Ninguna duda entonces de que se trata de una verdadera confesión, si por tal ha de entenderse la manifestación espontánea y libre de aceptar un hecho que perjudica a quien lo confiesa.

La ley —artículo 264 del Código de Procedimiento Penal—, dice que la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez, se presume verídica, mientras no se presente prueba que la infirme y se halle plenamente demostrado el cuerpo del delito. Por su parte, el artículo 230 del mismo Estatuto Procesal Penal expresa, que un solo indicio no constituye plena prueba, "a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". *Entonces, si a la confesión del procesado le da la ley el valor de* presunción *de naturaleza legal, cuando dicha presunción no se ha desvirtuado mediante otras pruebas, tendrá el valor de plena del hecho confesado y el fallador no puede, sin violar la ley, desconocer tal valor probatorio acordado expresamente por la misma ley.*

En el presente caso, es incuestionable que el Tribunal al no considerar la confesión de la procesada, y al no otorgarle el valor de plena prueba que la misma ley le atribuye, incurrió en un error de derecho que necesariamente invalida el fallo y obliga a la Corte a casar la sentencia para dictar la correspondiente a la nueva situación que surge. Y es incuestionable que se está en presencia de un error de derecho, por cuanto la sentencia condenatoria impugnada se apoya esencial y fundamentalmente sobre el desconocimiento del valor probatorio acordado por la ley a la confesión. En otras palabras: si el Tribunal hubiera valorado, conforme a la tarifa acordada a la confesión, la hecha por la procesada, la sentencia no podía ser sino absolutoria, ya que se repite, se está en presencia de una confesión que tiene amplio respaldo en el proceso no solamente por las innumerables declaraciones, que también son pruebas, sino por el certificado ratificado más tarde bajo juramento, por el médico José Damián Hernández, que no ha sido tachado de falso y a través del cual se estableció la situación de *estado de necesidad que originó* el hecho cometido en estado de necesidad *que describe el artículo 25 del Código Penal.*

El Tribunal, en la sentencia impugnada, pretende desvirtuar la existencia del estado de necesidad alegado con la consideración de que no se habría presentado el presupuesto a factor relativo a la evitabilidad *del daño, dado que la sindicada habría "podido acudir a fuentes donde tuviera una mayor seguridad para sus pretensiones como bien lo podría ser la misma entidad, para la cual laboraba y donde devengaba un 'salario base' de $ 1.791.00 mensuales", en cambio, de haber buscado el dinero para atender la calamidad dentro del grupo de sus allegados o conocidos, en donde, como se estableció, no obtuvo la ayuda solicitada para atender a su señora madre.*

Es claro que la ley exige dentro de los requisitos necesarios para la subsistencia del estado de necesidad, que la situación de peligro que justifica la conducta ilícita debe haber colocado a quien tal situación alega, en la imposibilidad de evitarlo de manera distinta a la que originó la infracción.

Es decir, que el peligro no debe ser evitado de manera distinta que con el hecho necesitado. Evitar el peligro significa impedir que se verifique el daño amenazado por el peligro ya surgido, por el peligro inminente, como se expresa la ley. El concepto de la inevitabilidad del medio, escribe Manzini, es relativo; depende, por tanto, de las circunstancias de hecho y de la opinión no culpable del agente. El juez no puede exigir que quien obra ante la urgencia de un peligro grave e inminente observe aquella prudencia, realice aquellos cálculos y siga aquella lógica, que se pueden pretender de quien obra en condiciones normales.

Es claro igualmente, que este requisito que el Tribunal no encontró en la conducta de la procesada, tiene relación necesaria con la determinación objetiva de la gravedad del daño que en el caso de autos se encuentre plenamente establecido con la versión ofrecida por el médico José Damián Hernández respecto del cual no cabía humanamente que la sindicada debiera haber dudado, para, como lo exige el Tribunal, haber hecho una solicitud de crédito a la entidad crediticia oficial en donde trabajaba y esperarse el tiempo que ordinariamente se demora una solicitud de crédito hecha por quien seguramente no tenía más respaldo que sus propias prestaciones sociales, que fueron precisamente las que entregó, para resarcir los perjuicios como respaldo al crédito solicitado.

Por lo que, demostrada la eximente, deberá casarse la sentencia.

Decisión

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

Resuelve:

1. CASAR la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1977, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

2. ABSOLVER a Luz Dary Duarte Lozada por los cargos de falsedad y estafa, y por los cuales se le llamó a responder en juicio.

3. ORDENAR la inmediata libertad *incondicional* de Luz Dary Duarte Lozada, lo cual se comunicará al Tribunal Superior de Cali y al Director de la Cárcel Nacional de ese Distrito, telegráficamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.



HURTO Y ROBO

Sus diferencias. Violencia. El criterio que informa dicho factor compositivo del delito de robo, es objetivo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 24238.

Aprobado: Acta número 66.

Bogotá, D. E., septiembre 21 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 6 de octubre de 1977 del Tribunal Superior Militar que confirmó la proferida en primera instancia por la Quinta Brigada del Ejército, con sede en Cúcuta el 27 de mayo del mismo año y mediante la cual se condenó a los soldados Jorge Luis Pava Rangel, Julio César Santos López y Gustavo Mantilla Herrera a la pena principal de veinticuatro meses de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de hurto militar, aumentándoles la pena privativa de la libertad para dejarla en veintisiete meses de prisión.

Hechos

El Tribunal Superior Militar los dejó sintetizados en la siguiente forma:

"... De autos se desprende que los soldados Jorge Luis Pava Rangel, Julio César Santos López y Gustavo Mantilla Herrera, se sustrajeron el generador y el motor limpiaparabrisas del vehículo marca Dodge F-300, color rojo, sin motor; vehículo que dizque le había sido donado al Ejército Nacional por una compañía petrolera, y por tanto, a la sazón perteneciente a esta fuerza, lo que implica que se trataba de bienes inmuebles destinados al servicio de las Fuerzas Armadas; hechos ejecutados por los mencionados soldados de común acuerdo, que tuvieron ocurrencia durante las horas de la noche del once (11) de febrero del presente año en Tibú, en jurisdicción municipal de Cúcuta ...".

Actuación procesal

Con base en el informe del Capitán del Ejército Clímaco Ramírez Quintero, el Juez Veinticinco de Instrucción Penal Militar abrió la investigación de los hechos el 1º de marzo de 1977. Cuatro días después el citado funcionario dictó auto de detención, por el delito de hurto contra los soldados Pava Rangel, Santos López y Mantilla Herrera.

Perfeccionada la investigación y oído el concepto del Auditor Auxiliar Doce de Guerra, el señor Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado número 5 "Maza" de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, convocó a Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los acusados por el delito de hurto militar, mediante Resolución número 12 del 24 de mayo del año pasado.

Verificado el Consejo de Guerra Verbal el 25 de mayo de 1977, los vocales por unanimidad declararon responsables a los procesados. Dos días más tarde, el Presidente del Consejo emitió sentencia de condena al acoger esa veredicción.

Recurrido dicho pronunciamiento, el Tribunal Superior Militar lo confirmó, aumentando la pena principal, en el fallo que es objeto de este recurso extraordinario propuesto por el Fiscal Séptimo de esa Corporación.

Estudio de la demanda

El Fiscal recurrente, después de señalar el fallo materia de impugnación, de hacer el resumen de los hechos y de la actuación procesal, propone la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por entender que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad. Al amparo de esa causal sostiene que en el proceso se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues los acusados no podían ser juzgados por el delito de hurto sino por el de robo.

Para probar su aserto, discurre así:

"... en el proceso aparece plenamente probado, como lo demuestra la Inspección Judicial del folio 18 —citada en el capítulo de la actuación procesal— como, por una parte, el motor del limpiaparabrisas fue retirado de su lugar soltando los tornillos que constituían no solamente la adhesión al vehículo, sino la defensa del mismo y por la otra que el generador si bien había sido colocado en sitio diferente al en que usual y mecánicamente debe estar, cuando el vehículo está en debido funcionamiento, quedó sujeto por los cables que dan conducción a la electricidad para su funcionamiento, uno de los cuales apareció 'cortado' y al decir del declarante Espejo Maya 'aparecieron trosados' (sic).

"De lo anterior, obviamente se desprende que se ejercitó la violencia, y que sin ella no se hubiera podido llegar a la consumación del delito contra la propiedad que perpetraron los procesados.

"Podría decirse, en gracia de discusión, en lo que respecta al motor del limpiaparabrisas, que ese hecho individual y aisladamente considerado sí vendría a configurar el delito de *hurto,* pero no vaya a decirse que el generador fue retirado con moderación, del lugar en donde había sido colocado, porque ello sí que no es cierto. El trozamiento o la cortada, para ceñirnos al texto de la Inspección Judicial, que apareció en los cables no es otra cosa que el medio violento que se empleó para lograr el 'apoderamiento' que no la 'sustracción' de un objeto destinado a dar provecho ilícito a los soldados Pava Rangel, Julio César Santos López y Gustavo Mantilla Herrera ...".

Termina precisando que esa nulidad de orden legal, prevista por el artículo 441-2 del Código de Justicia Penal Militar, que invalida el proceso, impone a la Corte casar la sentencia.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se abstuvo de ampliar o coadyuvar la demanda, porque estimó que no tiene razón el censor.

Por su parte, la Sala considera:

Para que prospere este tipo de impugnación es necesario demostrar que la denominación jurídica que le dio el juzgador a la delincuencia, no corresponde con la que los hechos probados señalan de manera ostensible como calificación genérica del reato. Es pues, una manifiesta falta de adecuación del hecho investigado con la norma que realmente lo tipifica, situación que conduce al error de darle una nomen iuris *que no le atribuye la ley.*

En el caso presente se comprobó que los procesados se llevaron de un camión de las Fuerzas Militares, que se encontraba en reparación, el generador y el motor del limpiaparabrisas. La Inspección Judicial acreditó que uno de los cables del generador correspondiente a su instalación fue seccionado y que el motor del limpiaparabrisas fue desprendido al extraer los tornillos que lo adherían a la carrocería. Por entender el juzgador que hubo sustracción y no apoderamiento violento de esas cosas, calificó los hechos como constitutivos del ilícito denominado hurto militar.

Como claramente se aprecia, la discordancia entre la demanda y el fallo se funda en el alcance del elemento violencia. El criterio que informa dicho factor compositivo del delito de robo, es objetivo. Para este reato, violencia es toda acción contra el modo de ser de las personas o de las cosas. En otras palabras: es toda acción ejercida contra la resistencia física o moral de las personas o contra las debidas seguridades de las cosas. De suyo, el sentido jurídico de la violencia propia del delito de robo se confunde, sin lugar a dudas, con su expresión naturalística.

Fijado el concepto, es lógico concluir que no puede haber delito de robo:

1. Cuando la fuerza aplicada es la misma que normalmente debe emplear el dueño o poseedor para remover la cosa, y

2. Cuando la fuerza se ejerce contra lo que no está destinado a proteger la cosa.

En ambos eventos, la acción violenta no se encamina a vencer las seguridades del objeto.

Bajo estas premisas debe considerarse como hurto y no como robo la conducta desplegada por los aquí procesados. En efecto: para desprender

de la carrocería del camión el motor del limpiaparabrisas simplemente lo desatornillaron, es decir, procedieron con la misma fuerza que normalmente su dueño o poseedor hubiera tenido que emplear para hacer lo mismo; y, para tomar el generador, que ya estaba removido, cortaron el cable eléctrico que aún lo tenía asido al vehículo, esto es, que ejercieron violencia contra un dispositivo que no estaba destinado a garantizar su seguridad o protección.

En definitiva, la resolución por la cual fue revocado el Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los soldados implicados en el ilícito, como el cuestionario, el veredicto y la sentencia estuvieron ajustados a la realidad procesal desde el momento mismo en que todas esas piezas procesales quedaron regidas por la calificación genérica del hurto, de conformidad con las previsiones del artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar.

De suerte que la nulidad invocada y sostenida con tanto énfasis por el Ministerio Público, la repudia el proceso como lo acredita el estudio de la prueba.

En tales condiciones, el cargo no prospera.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de seis de octubre del año pasado, proferida 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial no está sujeta al sistema tarifario que el legislador prescribió para otras

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 68.

Bogotá, septiembre 28 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 15 de septiembre del año pasado que confirmó, sin modificaciones, la de primera instancia, proferida por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de la misma ciudad, interpuso recurso de casación el defensor del procesado Carlos Alberto Robledo Ocampo, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte.

El defensor del procesado presentó, también oportunamente, la correspondiente demanda de casación, formalmente ajustada a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron señalados por el señor Fiscal Tercero del Tribunal en los siguientes términos, que la Sala estima acordes con las pruebas del proceso:

"... 1. Cuenta el protocolo penal que el día 2 de junio de 1976, en la primera hora de la madrugada, el señor Gonzalo Agudelo Peña regresaba a su casa de habitación desde la vecina localidad de Fontibón, luego de tomar algunas bebidas con un grupo de amigos. Ya en el barrio Trinidad Galán, tuvo necesidad de bajar de su vehículo, por apremiante necesidad personal, momento en el que le 'cayeron' dos o tres personas que le despojaron del reloj, mil doscientos pesos, un anillo de oro, y se fueron llevándose el automóvil Chevrolet Malibú de placas JP-06-65 de propiedad del denunciante (folios 2, 9)...".

"... 2. El día 26 de junio de 1976, en la calle 68 con la carrera 24, el automóvil mencionado se estrelló contra la buseta de servicio urbano SB-5291, accidente del que resultó herida la señorita Luz Marina Pombo Betancourt que fue llevada a la clínica San Pedro Claver. La lesionada iba en el automotor, el cual era conducido por el sindicado Carlos Alberto Robledo, su amigo, quien se retiró del centro hospitalario al que se le condujo y se alojó en la casa de Marina Cortés, mujer con la cual igualmente mantenía relaciones. Las averiguaciones policivas arrojaron como resultado que el vehículo dicho, que en el momento de la colisión llevaba unas placas alteradas (número FC1820), era el robado al señor Gonzalo Agudelo Peña el día 2 de junio de ese mismo año ...".

"... 3. Oído el acusado en declaración injurada negó haber participado en la comisión del delito de robo que se investiga, manifiesta que recibió el automóvil de manos de un desconocido personaje que lo abordó en el café 'Aventino', cuyo nombre es Rodrigo, para que lo guardara en el garaje de su casa mientras hacía los trámites de matrícula del automotor, ya que era de contrabando, pero ignorando totalmente su procedencia ilícita. Agrega que tuvo una entrevista con el dicho Rodrigo el día 26 de junio, quien le comunicó que al día siguiente vendería el automóvil, citándole para hacer la entrega correspondiente. Visto esto, le pidió prestado el carro para ir hasta donde su amigo Daniel Sánchez, ese mismo día, a ver la pelea de Monzón y Valdés, por televisión. Luego de presenciar el com-

bate, con su amiga Luz Marina se dedicó a recorrer algunos establecimientos de diversión, lo que culminó con el accidente que permitió descubrir el vehículo robado (folios 13, 145, 30, 34) ...".

"... 4. El vehículo fue examinado por los peritos de la Secretaría de Tránsito, observando los expertos que salvo el aspecto de la placa que no correspondía y se había disfrazado mediante un ardid (cinta adhesiva negra), no se había efectuado ninguna operación tendiente a ocultar la identidad del vehículo, su color, el número de serie, y demás detalles que permitieran distinguirlo se mantuvieron en el mismo estado en que lo tenía el dueño (folios 11, 12, 10, 43) ...".

(Folios 22 a 23, cuaderno del Tribunal).

Demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por el defensor del procesado con base en la causal 1ª de casación, por ser violatoria, en forma indirecta, de la ley penal sustantiva por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, ataque que la demanda desarrolla con fundamento en los dos cargos siguientes:

"... *Primer cargo.* La sentencia es violatoria —indirectamente— de la ley sustancial por apreciación errónea de la prueba indiciaria, habiéndose incurrido en manifiesto error de derecho porque en ella se atribuyó a ese medio probatorio un alcance distinto al que le asigna la ley, puesto que reconoció a un indicio que no es necesario ni presunción legal el valor de plena prueba de responsabilidad del procesado, lo que motivó la indebida aplicación de la ley sustancial tipificante del robo (Ley 21 de 1973, artículo 8º, sustitutiva del artículo 402 del Código Penal). Esta errónea apreciación indujo al honorable Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 215, 216, 217 y 230 del Código de Procedimiento Penal ...".

"... *Fundamentos.* La sentencia impugnada concluye haciendo la siguiente categórica afirmación al folio 37 del cuaderno número 3; 'por manera que los hechos y circunstancias analizadas y que fueron las mismas que llevaron al señor funcionario del conocimiento a concluir sobre la responsabilidad del procesado no deben desestimarse para plantear en favor de éste serias dudas a efecto de propugnar la impunidad de hechos tan de moda en nuestros días y así conseguir la absolución de una persona contra quien se surten *una serie de indicios graves* que le señalan ser uno de los autores del hecho materia de este proceso" (folio 37, cuaderno Nº 3)...".

"... Del párrafo anterior forzosamente debe deducirse que a esa declaración antecede, si no el análisis, por lo menos la enunciación de 'una serie de indicios graves' legalmente producidos, que plenamente comprueben que el señor Carlos Alberto Robledo Ocampo es responsable de la infracción por la cual se le llamó a juicio ...".

"... No obstante, la sentencia del honorable Tribunal no relaciona expresamente uno solo de los 'indicios graves' en que se sustenta, es decir, hechos plenamente comprobados de los que lógicamente se infiera la existencia de otros hechos, conforme lo mandan los artículos 229 y 235 del Código de Procedimiento Penal ...".

(Folios 10 a 11, cuaderno de la Corte).

"... ... ...".

"... *Segundo cargo.* La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por falta de apreciación de la prueba testimonial, habiéndose incurrido en error de hecho manifiesto en los autos, a causa de no haberse apreciado las pruebas por su estimación legal con evidente violación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, ni considerar el valor probatorio de los testimonios aportados al proceso conforme lo dispone el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. Por tal actitud la sentencia es violatoria de los artículos 215, 216, 217 y 236 del Código de Procedimiento Penal y, consecuencialmente, del artículo 8º de la Ley 21 de 1973, sustitutivo del artículo 402 del Código Penal, por aplicación indebida ...".

"... *Fundamentos.* La sentencia del honorable Tribunal ignoró totalmente el testimonio del señor José Joaquín Rodríguez Castro que aparece al folio 125 del cuaderno número 1, y de manera parcial los de los testigos Luz Marina Cortés Rivera (folio 120), Carlos Julio Trujillo (folio 128) y Daniel Germán Sánchez (folio 130) ...".

"... Por la absoluta falta de apreciación del testimonio emitido por el señor José Joaquín Rodríguez Castro, y por la apreciación parcial de los otros testimonios mencionados, se incurrió en la sentencia atacada en palmario error de hecho, puesto que no se tuvo en cuenta que esos testimonios demostraban los siguientes hechos: ...".

"... a) que el automóvil de que se habla en el proceso sólo fue llevado a la casa de Carlos Alberto Robledo Ocampo el día seis de junio, lugar

en donde permaneció hasta el veintiséis del mismo mes ...";

"... b) que en el lapso comprendido entre el primero al cinco de junio ese vehículo no estuvo en el garaje de la casa ocupada por el procesado, ni lo mantuvo en su poder a ningún título ...";

"... c) que desde las diez de la noche del primero de junio hasta las cuatro y media de la mañana del día dos, Carlos Alberto Robledo Ocampo se encontraba en la Avenida Caracas Nº 58-52, lugar de Bogotá totalmente distinto y opuesto al sitio en donde se produjo el ataque al denunciante señor Gonzalo Agudelo Peña, el que tuvo ocurrencia en la carrera 35 con la Autopista del Sur ...".

"... Aunque el fallo del honorable Tribunal guarda silencio sobre la razón que lo impulsó a desestimar tan tajantemente estos importantes medios probatorios, es probable que su conducta se haya inspirado en las mismas razones que animaron al *a quo* en su sentencia condenatoria, que fue el haberse recepcionado esas pruebas en la etapa probatoria del juicio y, por tanto, 'son declaraciones que por lo tardías resultan acomodadas a las circunstancias' (folio 150, cuaderno número 1) ...".

(Folios 15 a 16 ibídem).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante fundado en las siguientes razones, como consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá:

"... *Primer cargo.* Se hace consistir el error de derecho en que el Tribunal sentenciador atribuyó a un solo indicio —tenencia del vehículo robado en poder del sindicado— que no es necesario ni presunción legal el valor de plena prueba de la responsabilidad, yerro que motivó el quebranto, por aplicación indebida, de la norma que describe y sanciona el delito imputado ...".

"... Si se examina el fallo acusado se advierte claramente que la culpabilidad del procesado no se estructuró en un solo indicio sino en un concurso de graves hechos, como lo acepta el impugnador en desarrollo del cargo, y que en ningún caso la tenencia del automotor en poder de Robledo Ocampo se tuvo como indicio necesario o presunción legal ni se le dio el valor de plena prueba ...".

"... Resulta entonces, por este aspecto, que la acusación es improcedente por no ajustarse a los fundamentos del fallo y la demostración del error en tales condiciones se hace imposible ...".

"... El error de derecho —en la hipótesis planteada en la demanda— se da cuando el sentenciador al momento de apreciar o valorar un medio de convicción, en este caso el indicio, le otorga un valor probatorio superior o inferior al señalado por la ley ...".

"... Nuestro ordenamiento procesal penal sólo asigna valor de plena prueba al indicio necesario y a la presunción legal no desvirtuada. El indicio no necesario o contingente —entre los que se encuentra el indicio grave— es prueba incompleta. Y según las voces del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal: 'Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse' ...".

"... La sentencia acusada, que constituye un acto jurisdiccional indivisible con la de primera instancia por ser confirmatoria de ésta, fundamentó la responsabilidad del procesado en una serie de indicios que analizados en su conjunto, gravedad y conexidad, dieron al fallador el íntimo convencimiento de su culpabilidad. Se tuvieron como graves indicios: tener el acusado en su poder el carro robado, la mala justificación de la posesión (préstamo de su amigo 'Rodrigo'); el comportamiento observado por Robledo la tarde del 26 de junio en barrios del sur de la ciudad, en el parqueadero del establecimiento 'México Lindo'; la conducta asumida después del accidente con la buseta eludiendo a todo trance la acción de la justicia; y la circunstancia de que el vehículo aparecía identificado con placas adulteradas o cambiadas. Estos hechos tienen cabal demostración en el proceso, los que analizados en conjunto dejan sin fuerza exculpatoria la coartada aducida por el incriminado ...".

(Folios 26 a 27 ibídem).

"... ... ...".

"... *Segundo cargo.* Error de hecho manifiesto, porque el sentenciador dejó de apreciar el testimonio de José Joaquín Rodríguez, propietario de la casa-lote donde se afirma fue guardado el vehículo a partir del seis de junio y, porque no tuvo en cuenta algunas circunstancias puestas de presente por la amante del acusado, el dueño

de la 'Tasca Chipén', y Daniel Sánchez, en cuya casa se presenció la velada boxística, declaraciones conforme a las cuales resulta probado que el automotor objeto del ilícito fue guardado en el garaje de la habitación ocupada por Robledo Ocampo del 6 al 26 de junio y que éste, a la hora de los hechos investigados, se encontraba departiendo con otras personas en lugar distinto al de los acontecimientos ...".

"... También aquí la impugnación se resiente del mismo defecto de la anterior, toda vez que si se revisa la sentencia reclamada —teniendo como tal los dos fallos de instancia— se advierte *prima facie* que los testimonios a que alude el demandante fueron apreciados o valorados según las reglas de la crítica testimonial. La hipótesis de error de hecho manifiesto planteada por el censor no se dio porque, se repite, las versiones suministradas por dichos deponentes fueron analizadas y valoradas por los falladores como puede verse a folios 147 y siguientes del cuaderno principal y 32 y siguientes del cuaderno correspondiente a la segunda instancia...".

"... La prueba testimonial vertida en autos fue razonablemente apreciada en su credibilidad conforme a las pautas señaladas en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, relacionándola con otros medios de convicción allegados al informativo ...".

"... Los testimonios a que alude el demandante no fueron arbitraria o caprichosamente omitidos o rechazados en la sentencia. Por el contrario, fueron apreciados en su credibilidad dentro de los límites fijados en la ley —norma acabada de citar— asignándoles el valor que les corresponde habida cuenta de las disposiciones que gobiernan la crítica del testimonio y de manera especial las condiciones personales y sociales de los deponentes ...".

"... La afirmación de Carlos Trujillo, traída para robustecer la coartada del sindicado, fue desestimada por los jueces de instancia luego de un examen crítico y lo expuesto por los demás declarantes en el sentido de haber visto el automóvil en poder del acusado del 6 al 26 de junio no fue negado, sino confrontado con otros elementos de juicio para llegar a las conclusiones consignadas en la sentencia de condena ...".

"... El demandante se limitó a plantear el yerro atribuido al sentenciador en la valoración de los testimonios sin lograr demostrar el error mismo ni su trascendencia en los fundamentos del fallo acusado. Y respecto de los testimonios 'parcialmente ignorados', se contentó con mencionarlos sin probar el quebranto de los preceptos reguladores de la prueba (violación medio) ni menos la incidencia del mismo en la infracción de las normas penales sustantivas (violación fin), con lo que la proposición jurídica resulta incompleta y el reparo infundado...".

(Folios 28 a 30 ídem).

Considerando

1. No demuestra el casacionista, en primer término, que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos, limitándose a controvertir la fuerza indiciaria dada por aquella corporación a los elementos fácticos comprobados del proceso, sin acreditar que el razonamiento lógico utilizado por el juzgador de instancia no establezca en absoluto, esto es, en forma que aparezca ostensible y manifiesta, relación alguna de causalidad entre los hechos conocidos y los inferidos por el Tribunal.

Como en forma reiterada lo ha dicho la Corte a lo largo de más de treinta años, para que prospere el cargo consistente en haber incurrido el fallador en error en la apreciación de las pruebas es indispensable que en el proceso aparezca protuberante, esto es, notoriamente, que el juzgador de instancia dio a aquéllas una estimación que en nada se ajusta o corresponde a lo que lógica o jurídicamente se desprende de las que obran en el expediente, "pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales" (sentencia de 28 de marzo de 1946, LX, 267 a 27 de febrero de 1970, CXXXIII, 198).

De otra parte, la demanda se funda sobre la premisa equivocada que se hace consistir en que el Tribunal condenó al procesado Carlos Alberto Robledo Ocampo con apoyo en un solo indicio, cuando, como lo ha advertido el señor Procurador Delegado y fue expuesto en su oportunidad por el juez del conocimiento, la sentencia condenatoria se motiva en una serie de indicios, relacionados entre sí, la suma de los cuales constituye prueba plena o completa de la responsabilidad del procesado:

"... el acervo probatorio depara, legalmente producida, la prueba plena o completa de que el encausado Carlos Alberto Robledo Ocampo sí es responsable penalmente del delito, porque compareció en la audiencia pública, toda vez que obra en el sumario prueba indiciaria plural y de carácter grave, que bien puede concretarse en la

circunstancia de tenencia del vehículo que mediante violencia le fue quitado a Gonzalo Agudelo Peña, vehículo que fue hallado por agentes de la Policía adscritos al Grupo de Automotores, con placas cambiadas y alteradas, luego de haber sufrido un accidente con la buseta de placas SB-5291, el veintiséis de junio de mil novecientos setenta y seis, indicio que se fortalece con la propia aceptación del sindicado Robledo Ocampo de haber sido la persona que en la noche del accidente conducía el vehículo en compañía de su novia Luz Marina Pombo Betancourt, quien también resultó lesionada por el choque de los vehículos y quien contó en forma detallada el recorrido realizado por Robledo Ocampo en la tarde del veintiséis de junio, dando cuenta de las actitudes reservadas y extrañas notadas por ella cuando durante el trayecto uno de los desconocidos que abordó el carro le reprochó a Carlos Alberto Robledo el hecho de que hubiera transportado allí otras personas y la manera cautelosa en que se dirigía a aquellos como queriendo tal vez ocultar algo. El anterior indicio aparece adornado por el no menos grave, cual es el de la mala justificación dada por el procesado sobre la tenencia del vehículo Chevrolet, modelo 1966, pues las disculpas esgrimidas por éste no encuentran correspondencia con la realidad procesal, ya que el individuo que le dio a guardar el carro el seis de junio y que luego se lo prestó el veintiséis con el objeto de ir a ver la transmisión televisada de una pelea de boxeo, pertenece a la imaginación de Robledo Ocampo, por cuanto en ningún momento se logró probar su existencia. El dicho del procesado de haber quedado de entregar el carro al imaginario personaje Rodrigo, el veintisiete de junio de mil novecientos setenta y seis a las tres de la tarde, tampoco adquiere correspondencia procesal, si se tiene en cuenta que desde la fecha del accidente hasta el ocho de julio en que ocurrió su captura, ninguna diligencia había adelantado tendiente a establecer el paradero del vehículo que bajo su responsabilidad se encontraba. Durante estos días Robledo Ocampo sólo había procurado mantenerse oculto ante la justicia y éste es otro indicio más que se reúne en su contra; porque no otra cosa puede inferirse de su corta estadía en el hospital de la Hortúa, donde despertó y reaccionó después de su loca aventura y donde según él no lo atendieron pese a sus delicadas lesiones; de su traslado a la casa del barrio San Rafael, en donde habita con su esposa y sus hijos y donde apenas estuvo unas pocas horas, dirigiéndose luego al barrio La Florida a casa de su amiga Marina Cortés, con quien hace vida marital y quien lo atendió hasta el día de su captura, sin precisar ninguna de estas direcciones donde mantuvo, ni saber nada del vehículo que debía entregar el veintisiete de junio a las tres de la tarde. Esta pluralidad de indicios así analizados son el apoyo de nuestras afirmaciones y configuran el requisito exigido por el legislador en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, lo que añadido a la plena prueba del cuerpo del delito hacen viable y ajustado a derecho el dictar respecto del procesado sentencia de carácter condenatorio ...".

(Folios 149 a 150, cuaderno principal).

No es cierto, por tanto, que la sentencia se apoye en un solo indicio, no necesario ni presunción legal no desvirtuada, sino en varios que sin tener esa fuerza probatoria, individualmente considerados, la poseen analizados en conjunto.

Si es cierto, en efecto, que un solo indicio no constituye plena prueba, porque es incompleta, es también cierto que dos o más pruebas incompletas son prueba plena o completa si los hechos que la constituyen están acreditados debidamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal).

No prospera, pues, el cargo.

2. *La prueba testimonial, que se ataca en la demanda, no está sujeta en el procedimiento penal al sistema tarifario que el legislador prescribió para otras, de manera que en la apreciación del mérito probatorio de aquélla el juzgador goza del más amplio poder de valoración analítica, sólo limitado por la exigencia legal consistente en que el fallador exprese las razones con fundamento en las cuales acoge o desecha la prueba, o su valor.*

En tratándose de la prueba testimonial el juez puede atenerse, para valorarla, a una cualquiera, o a varias, o a todas las circunstancias que enuncia el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal o a otras diferentes como la oportunidad procesal en que aquella se produce, su confrontación con otras estimadas atendibles en el expediente, el interés particular de los declarantes, etc., como lo ha hecho en este asunto, el juez del conocimiento:

"... En cuanto a las diligencias practicadas en la etapa de la causa y sobre las cuales basa la defensa sus argumentaciones, hemos de decir que no las encontramos atendibles y por lo tanto en nada hacen variar nuestra decisión de condena,

pues ellas se limitan a repetir y corroborar lo ya expresado por Robledo Ocampo durante la etapa sumarial. En efecto son declaraciones que por lo tardías resultan acomodadas a las circunstancias, máxime que provienen de personas que de una u otra manera son allegadas al procesado y que obviamente persiguen con sus versiones favorecerlo, pero la realidad procesal es diferente y Carlos Alberto Robledo Ocampo responderá ante la ley de su ilícita conducta ...".

(Folio 150, cuaderno principal).

Este cargo se resiente, en consecuencia, como ya fue advertido por el señor Procurador Delegado, de la misma inconsistencia del anterior, a causa de que los testimonios que el actor considera con valor suficiente para probar la coartada del condenado fueron oportuna y debidamente analizados y valorados por el juez y el Tribunal y desestimados por éstos razonadamente, conforme al artículo 236 citado, de manera que lo que pretende el demandante es oponer su propia personal estimación del mérito de la prueba, a las razonadas consideraciones de los falladores de instancia que llevaron a éstos a desecharla.

Por último, como también ha sido advertido por la Procuraduría, el demandante ha planteado el cargo sin alcanzar a demostrar el yerro del Tribunal, en tanto que sobre los testimonios que dice han sido "parcialmente ignorados", circunscribió la demanda a su mención, "sin probar el quebranto de los preceptos reguladores de la prueba (violación medio), ni menos la incidencia del mismo en la infracción de las normas penales sustantivas (violación fin), con lo que la proposición jurídica resulta incompleta y el reparto infundado".

Tampoco prospera, en consecuencia, el último cargo.

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, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 15 de septiembre del año pasado a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUTO CABEZA DE PROCESO

Su contenido. Cuándo existe y cuándo no

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 68 de septiembre 28 de 1978.

Bogotá, D. E., septiembre 28 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación propuesto por el procesado Jesús Alejo Martínez Mosquera y sustentado por apoderado especial. Se demanda la sentencia de 26 de octubre de 1977, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la dictada en primera instancia por el Comando del Departamento de Policía de Antioquia el día 20 de enero anterior para condenar al procesado, por el delito de homicidio en Uriel Augusto Ramírez Rincón, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Fueron sintetizados estos hechos por el juzgador de primera instancia, de la siguiente manera:

"De la lectura del plenario informativo se colige que el día treinta de noviembre del año de mil novecientos setenta y cinco el Agente Jesús Alejo Martínez Mosquera prestaba cuarto turno de vigilancia en compañía del Agente Pedro Nel Agudelo Zapata, de la calle se dirigieron al Cuartel a pasar una revista, el primero entró a los baños a hacer una necesidad fisiológica mientras que su compañero Agudelo Zapata salió hacia la plaza; cumplida la necesidad se dirigió hacia el mismo lugar a unirse con su colega para continuar su servicio, al no encontrarlo y observar unas personas en la vía del ferrocarril consideró que se trataba de una riña no logrando alcanzar a dichos individuos, porque se mezclaron con las que se encontraban en la zona de tolerancia; por dicha razón continuó el recorrido encontrando en dos cantinas unas bestias ensilladas, en una de ellas procedió a que las retiraran, orden que, acataron sus propietarios, pero en la cantina de Luis Torres, los dueños de dichas cabalgaduras uno se encontraba en el salón y el otro en una pieza, al solicitarles que las retiraran, el que se encontraba en la pieza salió advirtiendo que lo hacía cuando le provocara, esta contestación dio motivo para que el Agente Martínez Mosquera procediera con estas dos personas, quienes para evitar ser golpeados le agarraron la carabina para despojarlo de ella, pero en su defensa salieron las hermanas Amparo y Elsy Buitrago, quienes solicitaban que soltaran al Agente, lo mismo que el señor Jesús María Giraldo García, que intervino en favor del uniformado apoderándose de la carabina entregándosela al Agente a la vez que le decía que se defendiera, ante esta situación uno de los atacantes de nombre Uriel Augusto Ramírez Rincón, se montó en una de las cabalgaduras lanzándose encima al Agente, viéndose obligado a hacer un disparo, por lo cual éste huyó llevando consigo otra bestia de cabestro, momento que aprovechó el Agente para dispararle con su carabina de dotación oficial haciendo impacto en cinco ocasiones sobre la humanidad de Ramírez Rincón por detrás, cayendo en un sitio inclinado a un lado de la línea férrea, donde practicaron la diligencia de levantamiento".

2. La actuación procesal subsiguiente:

Avocó el conocimiento de los hechos el Juzgado Promiscuo Municipal de Caracolí el día 30 de noviembre de 1975 (folio 1º) y practicó, el mismo día, diligencia de levantamiento del cadá-

ver de Uriel Augusto Ramírez Rincón (folio 1º vuelto), obtuvo el reporte de necropsia (folio 10), trajo al expediente acta canónica de defunción (folio 26), recibió varias declaraciones y entregó el expediente al Juzgado Cincuenta y Seis de Instrucción Penal Militar, en donde se continuó la investigación a partir del 11 de diciembre de 1975 e indagó al policial sindicado al día siguiente (folio 52).

El Comando del Departamento de Policía de Antioquia, competente para conocer de este proceso, declaró cerrada la investigación el 16 de marzo de 1976 (folio 78). El Fiscal Permanente solicitó el enjuiciamiento del procesado por un delito intencional de homicidio (folio 80). El 28 de junio del mismo año fue enjuiciado y se ordenó la convocatoria de Consejo Verbal de Guerra (folios 85 y siguientes). Este se realizó el día 14 de enero de 1977 (folio 131) y los vocales contestaron el cuestionario propuesto, así: dos votos afirmativos de responsabilidad por uno negativo. Sobre el veredicto mayoritario se dictaron las sentencias de primera y segunda instancias al principio indicadas.

3. La demanda de casación y la causal que invoca:

Fundamentándose en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado demandante afirma que la sentencia se produjo en juicio viciado de nulidad porque no existe, en este caso, un auto cabeza de proceso que hubiera declarado abierta la investigación. Afirma que el Juez Promiscuo Municipal de Caracolí no lo dictó y que tampoco lo hizo el Juez Cincuenta y Seis de Instrucción Militar. Concluye así: "Entonces los falladores de primera y segunda instancias no tenían, es decir, carecieron de jurisdicción y competencia para conocer y fallar el caso *sub judice*. Y al hacerlo hubo extralimitación de funciones públicas. Lo que equivale a generar una causal de casación ...".

4. La contestación del Ministerio Público:

El Ministerio Público empieza por criticar al demandante el hecho de referirse a la sentencia de 16 de octubre de 1977 cuando en verdad la sentencia del Tribunal Militar lleva fecha del 26 del mes y año citados. Igual crítica le hace porque se refiere al Juez Cincuenta y Seis de Instrucción Criminal cuando debió decir Juez Cincuenta y Seis de Instrucción Penal Militar. Considera que, por este aspecto, hay descuido del demandante en la redacción de su escrito, y con mayor razón si se tiene en cuenta que "estaba destinado a ser leído por la más alta Corporación jurisdiccional de la República".

En cuanto a la causal de casación invocada y la alegación de nulidad que por esa vía se sostiene, dice el Procurador Delegado para la Policía Nacional que tal nulidad no existe, ni el censor la demuestra, ni trae en su apoyo la cita de una sola norma legal desconocida. Transcribe un aparte del auto que emitió el Juzgado Promiscuo Municipal de Caracolí para decir que allí se encuentra un claro auto cabeza de proceso con alusión a los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal. Concluye así el Ministerio Público en uno de sus razonamientos: "Y entonces debe concluirse que si la tal providencia hizo alusión a las normas que gobiernan la iniciación del proceso penal y a la manera como debe ser adelantado, eso es, ni más ni menos, que un auto cabeza de proceso, pues para producir tal providencia no existen palabras sacramentales cuyo no empleo conduzca a negar su existencia".

5. Las consideraciones de la Sala:

La solución del presente caso no demanda análisis ni razonamientos extensos para concluir que no puede casarse la sentencia recurrida. Lo único que alega el censor es la falta de un auto cabeza de proceso y resulta comprobado que ese auto existe, que lleva fecha del mismo día en que los hechos se sucedieron y que lo emitió un funcionario de instrucción competente como lo es el Juez Promiscuo Municipal de Caracolí. En forma expresa y luego de ordenar el levantamiento del cadáver dice así el funcionario: "Teniendo como base la diligencia de levantamiento procédase a la correspondiente investigación de los hechos sangrientos conforme lo ordena el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 334 ibídem". Eso es, ni más ni menos, para utilizar la misma expresión del Ministerio Público, un auto cabeza de proceso o de apertura de la investigación. En consecuencia, tuvo razón el Juez Cincuenta y Seis de Instrucción Penal Militar cuando en su providencia del 11 de diciembre de 1975 dispuso avocar el conocimiento "de la presente investigación", pues en verdad ya existía, y también cuando agregó: "Con el fin de esclarecer los hechos que dieron lugar a la iniciación de la misma", porque en verdad había sido comisionado para continuarla.

Todo indica que el censor cree que un auto cabeza de proceso debe reproducir, punto por punto, cada uno de los que aparecen consignados

en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, cuando en dicha norma se prescribe un programa mínimo investigativo que debe tener en cuenta el instructor en la labor que le concierne. El auto cabeza de proceso está previsto en el artículo 329 y allí se dice que, cuando se den las condiciones previstas en dicha norma, el funcionario de instrucción dictará un auto cabeza de proceso, mediante el cual resolverá abrir la investigación correspondiente al descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes y de la naturaleza y cuantía de los perjuicios. En fin, de todo aquello a lo cual se refiere el artículo 334. Las dos disposiciones aparecen citadas en el auto del Juez Promiscuo Municipal de Caracolí, aunque nada le obligaba a ello. Razón de más para afirmar que el auto de iniciación de la investigación, o de apertura de la misma, o cabeza de proceso, existe en el caso de autos. Si su pretendida ausencia fue la única razón para intentar el recurso de casación, su comprobada existencia implica el rechazo del cargo.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. CUERPO SEGUNDO

Qué elementos debe demostrar el actor, para que prospere su demanda

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 68.

Bogotá, D. E., septiembre 28 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Se encuentra acusada en casación la sentencia originaria del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual revocó el pronunciamiento absolutorio del Juez Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad y condenó al doctor Humberto Niño Rodríguez a la pena de dos años de presidio y a las accesorias pertinentes como responsable del delito de peculado por apropiación en cuantía de setenta y seis mil trescientos sesenta pesos con treinta y cuatro centavos, hecho que realizó en su condición de Gerente de la Beneficencia del Tolima.

Hechos

La Contraloría Departamental del Tolima, en la investigación administrativa adelantada por ella, los concreta en la siguiente forma:

"*Contraloría Departamental del Tolima*
Sección de Visitadores

"Ibagué, febrero 28 de 1974.

"En el curso de la investigación se estableció que la Beneficencia del Tolima canceló a la Federación de Loterías de Colombia representada por su Presidente Humberto Niño Rodríguez, la suma de $ 10.000.00 con su cheque número 234408 del Banco Ganadero de esta ciudad, expedido el 21 de diciembre de 1970, con destino a cubrir su cuota de afiliación para integrarse a la Federación.

"De acuerdo con el extracto de la cuenta corriente número 4967-1 abierta en el Banco Popular a favor de Humberto Niño Rodríguez —Federación Colombiana de Loterías—, allí se consignó el cheque número 234408 y consta también que se dispuso de ese valor. Más tarde llega a la Federación.

"En el mes de enero de 1971 el señor Alonso Calderón elegido Tesorero de la Federación de Loterías de Colombia recibe del Presidente de ésta, doctor Humberto Niño Rodríguez, la suma de $ 120.000.00 por concepto de cuotas de afiliación que había recibido de las distintas Loterías afiliadas y queda debiendo por este mismo concepto $ 60.000.00 entre éstas la cuota de afiliación de la Lotería del Tolima, que ya la había cubierto el doctor Niño (folios 4 y 59 fte.). Como parte del valor de las cuotas de afiliación que recibe el Tesorero de la Federación aparece el cheque número 234514 del Banco Ganadero de esta ciudad que el 26 de enero de 1971 fue girado por la Beneficencia del Tolima a la Federación de Loterías de Colombia para cubrir el 'valor del aporte de esta entidad con destino a la explotación del Totogol, según autorización dada por la junta ...'' y consignado por ésta el 29 del mismo mes y año.

"En junio de 1971 el doctor Humberto Niño procede a cancelar a la Federación de Loterías de Colombia el resto de las cuotas de afiliación que había recibido de las distintas loterías del país y lo hace entregando el cheque número 900796, del Banco de Colombia de esta ciudad que había girado la Beneficencia del Tolima con destino a la Federación por la suma de '$ 20.000 para cubrir el valor aporte extraordinario', y la cuenta de gastos que por la suma de $ 16.360.34

había cancelado la Beneficencia del Tolima. Las cuentas que ordenaron el pago de las 'cuotas' y 'gastos' en beneficio de la Federación fueron dispuestas por su Gerente, el doctor Humberto Niño.

"La Beneficencia del Tolima tenía la obligación de cancelar la cuota de afiliación de su Lotería y cubrir las ordinarias impuestas en los estatutos de la Federación, pero nunca tuvo la obligación, como no la tuvo ni lo hizo ninguna otra lotería del país afiliada, pagar cuotas diferentes de aquellas. Las cuentas canceladas por la Beneficencia del Tolima por $ 76.360.34 a instancias de su Gerente Humberto Niño, jamás llegaron a cubrir los objetivos para los cuales fueron dispuestas. Así lo expresa el testimonio del señor Tesorero (folio 58) y la comunicación que obra al folio 70 de la Federación Colombiana de Loterías, en estos términos:

"El 1º de febrero de 1971 la Federación de Loterías de Colombia, consignó en su cuenta corriente número 11319 del Banco Cafetero, oficina barrio Santa Fe de esta ciudad, el cheque número 234514 por $ 40.000.00 girado por la Beneficencia (o Lotería) del Tolima a favor de la Federación. De acuerdo con nuestros registros contables y de Tesorería, dicho valor se aplicó a *cuotas de afiliación* que algunas loterías cancelaron al entonces Gerente de la Lotería del Tolima, doctor Humberto Niño Rodríguez.

"El 16 de junio de 1971 la Federación de Loterías de Colombia consignó en su cuenta corriente número 11319 del Banco Cafetero, oficina barrio Santa Fe de esta ciudad, el cheque número 900796 por $ 20.000.00 del Banco de Colombia de Ibagué, girado por la Beneficencia (o Lotería) del Tolima a favor de la Federación. De acuerdo con nuestros registros contables y de Tesorería su valor se aplicó a la obligación que el doctor Niño Rodríguez tenía con la Federación por concepto de *cuotas de afiliación.*

"Tanto en el primero como en el segundo caso, los cheques girados por la Beneficencia o Lotería del Tolima se aplicaron a cuotas de afiliación que el doctor Humberto Niño Rodríguez adeudaba, pues en ningún momento la Federación ha decretado cuotas o aportes extraordinarios para refinanciar la empresa o para la adquisición o explotación del concurso Totogol".

No obstante que los fondos obtenidos indebidamente de la Beneficencia del Tolima fueron reintegrados por el doctor Humberto Niño, existe una conducta dolosa que debe ser investigada por la justicia penal.

"Dadas estas consideraciones, se dispone remitir el proceso (original y copia) al señor Procurador del Distrito Judicial para que disponga lo pertinente a los hechos investigados por la Contraloría (folio 123).

La demanda de casación

En varios ordinales ensaya el impugnador el análisis de la prueba para concluir que "lo que acontece básicamente con ella es que el sentenciador, en lo tocante a los hechos criticados, ha malinterpretado algunas pruebas por análisis incompleto de otras, o por desconocimiento de su verdadero contenido, pero en alguna forma las tuvo en cuenta", y finaliza sus argumentaciones haciendo del conocimiento de la Corte su creencia en que el error de hecho por falta de apreciación de una prueba "se presenta cuando ese elemento se desconoce por completo en relación con el hecho que es objeto del estudio y no cuando su desconocimiento es relativo o parcial, con lo cual se da nacimiento a la errónea o incompleta interpretación".

A folio 17 de su alegato, 31 del cuaderno de la Corte, para sustentar el recurso extraordinario de casación, el actor razona de la siguiente forma:

"El sentenciador, al dictar el fallo recurrido, después de referirse en forma desordenada a las inspecciones judiciales practicadas en la Beneficencia del Tolima, en Fedelco, a las declaraciones de Calderón y de Alvarez, así como de los contadores de las loterías de Tolima, Boyacá, Risaralda y Nariño, a la certificación expedida por Narváez y por Calderón, llega a la conclusión de que las sumas de cuarenta mil pesos, veinte mil pesos y dieciséis mil trecientos sesenta con treinta y cuatro, sirvieron para cancelar *igual valor* correspondiente a cuotas que el doctor Niño había recibido directamente y no había entregado a Fedelco. Es más, en el auto de proceder y en el fallo recurrido, se llega a afirmar que las loterías que pagaron directamente al doctor Niño fueron las de Cúcuta, Risaralda, Quindío y Nariño, aunque en la sentencia se reconoce que Quindío pagó directamente a Fedelco (ver folios 284 y 389).

"Si nos atenemos a lo anterior, simplemente, debemos concluir que existe el primer error de apreciación probatoria, porque la imputación de $ 76.360.34, más los tres mil pesos de pago a un abogado resultarían del pago o imputación *de ocho cuotas,* lo cual no concuerda con el restante

material, como que en la sentencia y en las diligencias de inspección a Fedelco, se dicen que eran *cuatro*. Y es más aberrante el error si se tiene en cuenta que el señor Calderón en su declaración ante la Contraloría aceptó que el doctor Niño giró dos cheques cada uno por diez mil pesos y que la Lotería de la Cruz Roja pagó en enero de 1972 directamente a la Federación. Y se agrava el error al demostrarse con la declaración del Contador de la Lotería del Quindío y con la segunda inspección judicial a Fedelco, que la Lotería del Quindío canceló también directamente. Si nos aferramos a lo dicho por el juez en sus autos, pero para efectos de este recurso a lo aceptado por el mismo Tribunal en el fallo, es decir, que eran *cuatro* las loterías, que habían pagado, o mejor, que debían la cuota y si aceptamos *dos* pagos de diez mil pesos cada uno (declaración de Calderón), un pago directo de la Lotería del Quindío u otro pago tardío de la Cruz Roja, son cuatro cancelaciones que por deducción, aquí sí lógica, nos llevan a la conclusión de que el doctor Niño nada debía y no era pertinente hacerle la imputación de los dineros que giró la Tesorería de la Beneficencia del Tolima a deudas personales que no tenía.

"El error, pues, grave, manifiesto, rotundo, que contiene el fallo, es el de haber concluido que el doctor Niño se hizo imputar el valor de $ 76.360.34 a igual valor que debía por cuotas recibidas, como que dio a las pruebas relacionadas anteriormente, un valor significativo del cual carecen.

"La realidad, analizando el cuadro o resumen del folio 6 de esta demanda, es que de ninguna de las pruebas se deduce el número de cuotas recibidas por el doctor Niño directamente. Aceptando por vía de hipótesis lo que se deduce de las declaraciones de los contadores de las Loterías de Tolima, Risaralda, Huila y Boyacá, se llegaría a la conclusión de que debía cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) que se pagaron con los diversos cheques personales entregados por el doctor Niño y con los demás pagos de que tratan los autos. Pero ocurre que existen otras pruebas que contradicen las anteriores y de ninguna de ellas se puede llegar a una conclusión cierta, como lo exigiría el rigor de una sentencia condenatoria. No es una simple duda que enfrenta criterios. Es que definitivamente el fallador hizo falsa apreciación de las pruebas, para concluir en forma ilógica que los $ 76.360.34 se imputaron a deudas personales por igual valor, lo que carece en absoluto de veracidad.

"Como la técnica del recurso exige que se diga cuáles fueron las pruebas mal interpretadas y cuáles las normas violadas, a ello se procederá, así:

"El sentenciador dio a las declaraciones de Calderón, Alvarez, Narváez, credibilidad con respecto a que el doctor Niño debía suma igual a la imputada, cuando ninguno de ellos está afirmando tal cosa, ya que el primero, es decir, Calderón llega a la conclusión por deducción que no encuadra con las demás pruebas, ni siquiera con las inspecciones judiciales a Fedelco, y ni siquiera con su propia declaración que es contradictoria en el mismo texto. El segundo, esto es Alvarez, afirma que fueron todas las Loterías las que entregaron la cuota a Niño, lo que es menos cierto, ya que la mayoría las pagó a la Federación directamente. Y el tercero se limita a decir que le firmó a Calderón lo que él le dijo que firmara, pero que no le consta qué cuotas recibió directamente Niño.

"Si el sentenciador, entre otras, tuvo en cuenta las declaraciones de Calderón, Alvarez y Narváez, para concluir que el doctor Niño tenía deudas personales con Fedelco, equivalentes a las sumas que dan un total de $ 76.340.34, incurrió en un grave error, pues colocó a los testigos afirmando cuestiones que no dijeron en verdad, como no podían decirlo y obviamente quebrantó el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, porque dicha norma dispone que el juez debe apreciar razonablemente la credibilidad de los testimonios y debe hacer uso de la crítica-lógica, cuestión que únicamente se hubiera podido hacer y no se hizo, mediante el estudio de la prueba en correlación y análisis con las demás pruebas que les daban su verdadera dimensión.

"El sentenciador dice que la existencia de una deuda personal determinada, equivalente a los $ 76.340.34, se deduce de la certificación expedida por el señor Narváez y Calderón, cuando respondieron a la Contraloría.

"Pero el grave error del sentenciador consiste no haber notado que Narváez en su declaración juramentada dice que firmó la certificación, porque él le dijo a Calderón que la hiciera y que él se la firmaba y no tuvo en cuenta que allí no se dice cuál era la deuda, sino que se menciona el hecho de que Niño recibió algunas *cuotas* sin determinación alguna, ni mucho menos se tuvo en cuenta que esa certificación firmada ciegamente por Narváez, por insinuación de Calderón nada significa, como el mismo Calderón dice que se fundamentó en los libros de contabilidad y los

libros de contabilidad no contienen la relación de las deudas que podía tener Niño, se encuentran mutilados, caóticos y permitieron a Calderón obrar por absurda deducción que no resultó acorde con la realidad procesal.

"En la certificación se dice que esos $ 76.340.34 se imputaron a deudas personales de cuotas recibidas por Niño, pero en las inspecciones judiciales practicadas se demostró claramente que contablemente no existía *ninguna imputación*".

Concepto del Procurador

Se refiere con amplitud al cargo formulado por el recurrente y precisa que, en ningún caso, los hechos probatorios fueron mal apreciados por el sentenciador, oscurecidos o distorsionados, como él lo afirma, sino que el actor pretende su formulación con vista en apreciaciones parciales de la prueba recojida y de las declaraciones de Alonso Calderón, Enrique Narváez y Hernando Alvarez, que no analizó en su contexto y en sus recíprocas implicaciones, creando una muy clara antinomia entre su propia concepción acerca de la inocencia del procesado y de la responsabilidad que en su contra establece el fallador.

El Procurador concluye afirmando que la censura no ha logrado demostrar el error de hecho que con carácter de manifiesto atribuye al Tribunal sentenciador y pide que se deseche la demanda.

La sentencia acusada

Dice en sus pasos pertinentes:

"Sobre la imputación y responsabilidad del procesado doctor Niño Rodríguez, se observa que la investigación establece lo siguiente:

"Que la Beneficencia del Tolima a solicitud de su Gerente el doctor Humberto Niño Rodríguez giró a favor de la Federación de Loterías de Colombia 'Fedelco' la suma de $ 60.000.00, en dos cheques, así: uno distinguido con el número 234514 del Banco Ganadero de Ibagué, de fecha 26 de enero de 1971 por valor de $ 40.000.00, y el otro, por $ 20.000.00 en cheque número 900796 del Banco de Colombia de Ibagué, de fecha 14 de junio de 1971.

"Que la misma Beneficencia del Tolima, por orden de su Gerente doctor Niño Rodríguez, giró también otro cheque a favor de 'Sergio Restrepo Publicidad' de Bogotá, distinguido con el número 430224 del Banco de Bogotá de Ibagué, de fecha 28 de junio de 1971 y por valor de $ 16.360.34.

"Que los cheques número 234514 por $ 40.000 y número 900796 por $ 20.000, fueron consignados a las cuentas corrientes de 'Fedelco' en Bogotá, distinguidas con los números 1331x9 y 03301331x9 del Banco Cafetero, Sucursal Santa Fe, esta última.

"Que mediante inspección judicial a los libros de contabilidad de Fedelco se estableció que de esas sumas de dinero, a la de $ 20.000.00 "... no se le encuentra concepto de imputación por parte alguna, *ni que haya sido recibida como ingreso de aportes extraordinarios*" (folio 310, cuaderno principal) (...), y que, a la de $ 40.000.00, según atestación que obra al mismo folio 310 fte., no le fue encontrada imputación ninguna, pero, que en inspección judicial que obra a folio 198, '... dicha cantidad se entendió como imputada a cuotas de afiliación de las loterías de Cúcuta, Risaralda, Quindío y Nariño'. Sobre la cuota de afiliación de la Lotería del Quindío se hace en esa misma diligencia la salvedad de que fue pagada directamente a 'Fedelco' en Bogotá y no al doctor Niño Rodríguez.

"Que en la diligencia de inspección judicial a los libros de contabilidad de la Beneficencia del Tolima se comprobó que según acta de sesiones número 027 de enero 26 de 1971 la Junta Directiva autorizó al doctor Niño para hacer una inversión por $ 40.000.00, a fin de adquirir el de Totogol. Y, que, 'en el mismo libro se observa un salto que va de la sesión 031 de mayo 21 de 1971 a la 032 de julio 22 de 1971, lo que significa que en junio 14 del mismo año ni antes de esa fecha no existe autorización que justifique el aporte extraordinario de $ 20.000.00 ordenado por el doctor Niño en esa fecha. 'Estos $ 20.000 están imputados como gastos generales, y los $ 40.000.00 como inversión, pero, observa la diligencia, 'curiosamente en el Libro de Actas en la número 036 de febrero de 1972, en la cual se aprobó el balance general de diciembre 31 de 1971, la Junta Directiva en el numeral 2º, literal c) ordena lo siguiente: 'El avance de $ 40.000 hecho al Totogol no debe contabilizarse como inversión, sino como gasto. O sea que, sin explicación alguna y sin saber quien lo propuso, la inversión o activo pasó a pérdida o gasto'. Y, además, agrega: La inversión, o sean los $ 40.000, fueron autorizados por la Junta Directiva como ya se dijo y con destinación específica como

aporte para la adquisición del Totogol; mientras que el aporte extraordinario por valor de $ 20.000 no fue autorizado por la Junta Directiva, ni hay constancia alguna del objeto de su destinación".

"Que el cheque número 430224 del Banco de Bogotá de Ibagué de fecha 28 de junio de 1971 por valor de $ 16.360.34, girado a favor de 'Sergio Restrepo Publicidad' de Bogotá fue recibido por esta Agencia Publicitaria, según certificación expedida por la misma que obra al folio 61.

"Que esa suma de $ 16.360.34 a instancia del doctor Niño Rodríguez fue reconocida por la Federación de Loterías como gastos propios de ella, pero tales dineros no volvieron a las arcas de la Beneficencia. En la inspección judicial (folio 192) practicada en los libros de contabilidad de la Beneficencia del Tolima por funcionario de Instrucción se observa: '... y en el folder correspondiente al mes de junio de 1971 aparece una cuenta original por la suma de dieciséis mil trescientos sesenta pesos con treinta y cuatro centavos que coincide en todo su contenido con la fotocopia obrante al folio 8 del citado cuaderno original'. Y más adelante, el señor Luis Echeverry Enciso, Jefe de Contabilidad, el mismo al respecto precisa: 'Referente al punto cuarto que igualmente se me interroga puedo manifestar que, estoy completamente seguro que la suma de dieciséis mil trescientos sesenta pesos con treinta y cuatro centavos ($ 16.360.34) de junio 21 de 1971 y con registro de contabilidad número 1105, pagada a Sergio Restrepo Publicidad, no ha ingresado su dinero a esta Beneficencia por contabilidad, como ingreso por devolución de esta suma ...".

"No existe, pues, duda alguna sobre esos hechos. Es tal su certeza que el mismo procesado doctor Niño no los ha negado en ningún momento. Como no niega que en el mes de octubre de 1970 se reunió en esa ciudad de Ibagué la Asamblea Constitutiva de la Federación Colombiana de Loterías 'Fedelco' y que en ella fue designado su Presidente provisional con facultad de recibir las cuotas de afiliación a la Federación equivalente a $ 10.000.00 por cada lotería, mientras se organizaba la Tesorería y demás oficinas contables, y que como tal recibió varias cuotas de afiliación a la Federación, las cuales llevó a una cuenta corriente que abrió en el Banco Popular de Ibagué bajo el número 4967-1 y a nombre de Humberto Niño Rodríguez —Federación Colombiana de Loterías— Fedelco. Sin embargo, ha estimado siempre la licitud de sus actos en relación con esos giros con base en dos circunstancias, a saber:

"1ª Que el artículo 3º, del Acta número 028 de 1º de febrero de 1971 lo autorizaba a él como Gerente de la Beneficencia del Tolima, '... para celebrar contratos sin previa aprobación de la Junta Directiva, hasta por la suma de $ 60.000. Los contratos mayores de $ 60.000, requerían la aprobación de la Junta Directiva', y

"2ª Que el giro por valor de $ 40.000 obedeció, según sus propias palabras en indagatoria (folios 202 y siguientes), a que: 'Recuerdo que una reunión en la cual participaron varios gerentes de loterías se habló sobre la necesidad de una cuota extraordinaria de $ 40.000 por Lotería para comprar el concurso de Totogol. Esta reunión se celebró en el despacho del entonces Consejero Presidencial doctor Armel, pero en realidad no era una asamblea general ni una Junta Directiva de la Federación'. Luego dice: 'Ante estas necesidades urgentes tal vez apresuradamente, sin esperar la reunión de la Asamblea de Fedelco. Yo en mi calidad de Gerente de la Lotería del Tolima y con las autorizaciones estatutarias que para ello tenía, ordené girar a Fedelco a la cuenta que ya había abierto dicha entidad en la ciudad de Bogotá la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), suma que fue cobrada por Fedelco directamente'. Y continúa: 'En otra ocasión más tarde la negociación del Totogol el cual se llevó a cabo como se había pensado ...'. Y sobre el giro por $ 20.000.00 explica: 'Más tarde no recuerdo exactamente en qué forma se me comunicó que el concurso tenía grandes dificultades y que se iba a proponer a una asamblea general un aporte extraordinario de veinte mil pesos para sanear las finanzas, como esto se me comunicó en vísperas de un viaje a los Estados Unidos, me apresuré a girar dicha suma'. Y aclara: 'Quiero dejar muy en claro que ambos cheques el de cuarenta mil y el de veinte mil pesos fueron cobrados directamente por Fedelco de Bogotá, y que las cuotas fueron giradas por la Beneficencia del Tolima a nombre de Fedelco y que en ellas consta que eran para pagar aportes extraordinarios de la Lotería del Tolima a Fedelco'.

"Es, entonces, de suma importancia determinar cuál fue la real imputación que se le dio a esos dineros cuando fueron recibidos por Fedelco, pues si ella fue la alegada y sostenida por el doctor Niño Rodríguez, es evidente, entonces, que no hubo apropiación dolosa de su parte, para su beneficio particular, de esos dineros confiados

a él para su administración y custodia. Pero, si la imputación fue distinta y destinada a saldar deudas personales suyas contraídas con Fedelco cuando fue su Presidente provisional, es claro igualmente que vendría a tipificarse el delito de peculado por apropiación del cual le hace responsable el auto de proceder.

"Al folio 70 obra un oficio expedido por la Federación de Loterías de Colombia 'Fedelco' firmado por Enrique Narváez Jácome, Secretario Ejecutivo, y Alonso Calderón Salazar, Revisor Fiscal, en el cual se da cuenta que el 1º de febrero de 1971 la Federación de Loterías de Colombia consignó en su Cuenta Corriente número 1331-9 del Banco Cafetero, oficina barrio Santa Fe de Bogotá, el cheque número 234514 por $ 40.000.00, girado por la Beneficencia (o Lotería) del Tolima a favor de la Federación. Y agrega: '*De acuerdo con nuestros registros contables y de Tesorería dicho valor se aplicó a cuotas de afiliación* que algunas loterías cancelaron al entonces Gerente de la Lotería del Tolima, doctor Humberto Niño Rodríguez'.

"El mismo oficio determina igualmente que el 16 de junio de 1971 la *Federación Colombiana de Loterías de Colombia* consignó en su Cuenta Corriente número 1131x9 del Banco Cafetero —Oficina barrio Santa Fe— de Bogotá, el cheque número 900796, por $ 20.000.00 del Banco de Colombia de Ibagué, girado por la Beneficencia (o Lotería) del Tolima a favor de la Federación y agrega: 'De acuerdo con nuestros registros contables y de Tesorería su valor se aplicó a la obligación que el doctor Humberto Niño Rodríguez tenía con la Federación por concepto de *cuotas de afiliación*.

"Y concluye el oficio, afirmando: 'Tanto en el primero como en el segundo caso, los cheques girados por la Beneficencia o Lotería del Tolima se aplicaron a *cuotas de afiliación* que el doctor Humberto Niño Rodríguez adeudaba, pues en ningún momento la Federación ha decretado cuotas o aportes extraordinarios para refinanciar la empresa o para la adquisición o explotación del concurso Totogol".

"Oficio que como se puede observar está desacreditando ya el dicho del procesado sostenido en su diligencia de indagatoria, pues, éste afirma en esa ocasión que los giros a favor de 'Fedelco' por los valores de $ 40.000.00 y $ 20.000.00 los hizo para cubrir aportes extraordinarios para adquirir el juego llamado 'Totogol' y refinanciarlo más tarde, dada la mala situación económica por la que atravesaba.

"Versión ésta del procesado que pierde aún más su credibilidad al establecerse por medio de la declaración rendida por el doctor Ariel Armel que en su oficina no se acordó nada sobre cuotas extraordinarias o la cuantía de ellas. Son sus palabras: '... pero no me consta que las reuniones efectuadas en mi despacho hubieran tenido el carácter de asamblea de dicha Corporación, las decisiones finales que llevaron a Fedelco a aprobar dicha negociación seguramente tuvieron que haberse surtido en oportunidad posterior, pero sobre sus desarrollos e intimidades no puedo dar ninguna certificación'. Y sigue: 'Yo no me acuerdo con exactitud que hubiera acordado el aporte de una suma determinada'. 'En mi despacho, claro está, se habló en términos generales sobre los distintos aspectos de la negociación, pero determinaciones completas y en la cuantía especificada de que usted, me pregunta no lo recuerdo'. Vale decir, que la afirmación del doctor Niño en el sentido de que allí de esa reunión salió acordada una cuota extraordinaria de $ 40.000.00 para adquirir el 'Totogol' y, que por lo mismo, ya en Ibagué, se apresuró a solicitar esa determinada suma a la Junta Directiva de la Beneficencia, es absolutamente inexacta".

Consideraciones

De las transcripciones que anteceden resulta evidente, como lo apunta el Procurador, que el recurrente contrapone su propio criterio al criterio del sentenciador, reclamando para el suyo el mérito probatorio que no encuentra en el raciocinio de aquél.

La Corte ha dicho reiteradamente que para que prospere en casación el cargo que se formule al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, debe el actor demostrar, si de errores de hecho se trata, cuál o cuáles de los hechos que tuvo como probados el sentenciador carecen de realidad en el expediente y fueron supuestos por él, o qué otro u otros de los hechos probados, con existencia en el proceso y con incidencia cierta en las conclusiones de la sentencia no fueron valorados en ninguna forma el fallador, o que una o varias de las pruebas apreciadas por el juzgador para fundamentar sus conclusiones, lo fueron en forma tan abiertamente contraria a su evidencia, que su interpretación judicial vale lo mismo que haberlas supuesto o suprimido.

No ha dicho la Corte que la censura deba demostrar que la totalidad de las pruebas del proceso carecen de relevancia jurídica, sino aquellas

que sirvieron al juzgador para fundar sus conclusiones.

En el caso que se examina, por ejemplo, no bastaba al censor con demostrar que las partidas que integraron la cuantía del peculado y que figuran en la contabilidad de Fedelco carecen en ella de la constancia de haber sido imputadas a cuotas extraordinarias a cargo de las loterías afiliadas, o de la anotación precisa de que fueron giradas por el acusado en su condición de gerente de la Beneficencia del Tolima para cubrir saldos a su cargo. Era menester así mismo traer al convencimiento de la Corte la prueba de que el procesado dijo la verdad cuando afirmó ante la junta de la Beneficencia del Tolima que Fedelco requería con urgencia la cuota extraordinaria de cuarenta mil pesos, para los fines por él indicados y que para los mismos efectos hizo a su favor el segundo giro en cuantía de veinte mil pesos, y que el acusado no recibió beneficio del reintegro de los dineros destinados por la Beneficencia del Tolima a promover la fundación de Fedelco. O la prueba de que habiendo él girado inconsultamente o por equivocación aquellos dineros, obtuvo su devolución y los reintegró a su fuente. La verdad escueta es que en el expediente no aparece prueba ninguna que abone el dicho del sindicado y que Fedelco no exigió nunca a las loterías afiliadas contribuciones extraordinarias. Los directivos de Fedelco entendieron, como tenían que entenderlo, que los dineros recibidos de la Beneficencia, debían aplicarlos a cubrir saldos pendientes, por concepto de las cuotas de afiliación recibidas por el doctor Niño Rodríguez, personalmente, de varias loterías, en su condición de primer gerente de la empresa, pues había sido expresamente requerido para que las reintegrara. Por lo demás, el sindicado acepta haber recibido cuotas de afiliación, de diversas loterías, en cuantía de diez mil pesos cada una, que depositó en cuenta especial, pero excusa su conducta con la afirmación de que los sesenta mil pesos fueron girados a Fedelco como cuota extraordinaria y que —era su creencia—, estaba a paz y salvo con Fedelco por concepto de cuotas de afiliación.

Si fuese cierta la afirmación del doctor Humberto Niño Rodríguez, según la cual al tiempo que hizo los giros de cuotas extraordinarias no quedaba a su cargo suma alguna por cuotas de afiliación, y si Fedelco asegura por su parte que nunca exigió a sus afiliados desembolso de cuotas extraordinarias, cabe preguntarse ¿por qué razón el doctor Humberto Niño Rodríguez, jamás exigió de Fedelco la devolución de los dineros inconsultamente girados por la Beneficencia del Tolima? ¿O era que su Gerente doctor Niño Rodríguez ignoraba que en el reclamo de los dineros pagados, pero no debidos, se entrañaba el mejor argumento demostrativo de su buena fe? Pasó inexplicablemente inadvertido que si la imputación no era cubrir saldos pendientes del sindicado, que no los debía, surgía a su favor el derecho indiscutible de repetir de Fedelco el pago de lo no debido, en la misma cuantía.

Son estas algunas de las consideraciones de instancia que pudiera hacer la Sala para dar contestación a las argumentaciones ofrecidas a su examen por el demandante en casación. Pero son suficientes para impedir la prosperidad del cargo.

Con vista en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Ignacio Talero Lozada (Conjuez), *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REPOSICION

Cómo se tramita

Quién debe fallar el recurso

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 69, octubre 2 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 2 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Por auto de 14 de febrero del año que avanza, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió *abstenerse* de abrir investigación penal contra el doctor Alfredo García Muentes, en su calidad de Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, por considerar que los hechos en su contra denunciados por el abogado Rafael Ernesto Vásquez Riveros no son constitutivos de delito.

Contra esa determinación interpuso recurso de apelación al denunciante y esa es la razón por la cual se encuentran ahora las presentes diligencias en la Corte.

Resultandos y considerandos

1º *Antecedentes:*

El abogado Vásquez Riveros denunció penalmente a Jaime Bustos Luján por giro de cheques con fondos insuficientes; en reparto de 16 de agosto de 1977 tal denuncia correspondió al Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cartagena, en esa fecha se operó la radicación y se dictó auto cabeza de proceso. El 16 de septiembre se decretó la detención preventiva de Bustos. Al día siguiente el Jefe del Sipec del Departamento de Policía de Bolívar solicitó orden de allanamiento con el fin de poder capturar al sindicado, la cual se decretó dos días más tarde. En esta última fecha el Juzgado Trece de Instrucción Criminal profirió un auto por medio del cual dispuso enviar las diligencias al Juzgado Penal del Circuito en Turno por vencimiento del término de instrucción y abstenerse de decidir del recurso de reposición, con apelación subsidiaria, interpuesto por el apoderado del sindicado contra el auto de detención, declarándose el instructor "sin competencia para seguir conociendo de este asunto".

El conocimiento del negocio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena. El 22 de septiembre "el Secretario informó al juez de la existencia de un recurso de reposición y apelación en subsidio presentado por el doctor Hugo Camargo Ortiz, contra el auto de detención" y "dejó a disposición de las partes la reposición antes enunciada para los efectos de los artículos 349 y 108 del Código de Procedimiento Civil". El 26 de los mismos mes y año, pasó al Despacho para resolver. Al día siguiente el juzgado del conocimiento "revocó la detención preventiva"; y el 19 de octubre "concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal de los Juzgados Penales del Circuito contra el auto que revocó el de detención, o sea, el de 27 de septiembre de 1977". La respectiva Sala del Tribunal, por mayoría, se declaró inhibida para conocer del recurso de apelación, "debido a que el auto que decide el recurso de reposición no es susceptible de ningún recurso" (Código de Procedimiento Penal, artículo 348). Luego entró a resolverse acerca de un impedimento manifestado por el juez del conocimiento "debido a que el apoderado de la parte civil lo había denunciado ante el Tribunal", manifestación de impedimento que para la fecha de la inspección judicial, aún se hallaba pendiente de resolución.

2º *Hechos denunciados:*

El abogado Vásquez Riveros denunció concretamente al Juez García Muentes por los siguien-

tes hechos, los cuales, según su criterio, son constitutivos de ilícitos penales:

Dentro del proceso penal seguido contra Jaime Bustos Luján, "vencido el término de instrucción, el expediente fue enviado al Juzgado Penal del Circuito - Reparto, y allí lo repartieron al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, el cual avocó conocimiento del mismo, actuando en una forma muy irregular e inexplicable, ya que:

"a) El Juzgado Trece de Instrucción radicado en Cartagena, encontró que sí habían méritos para dictar el auto de detención y así lo hizo, y consecuencialmente expidió las órdenes de captura;

"b) En forma anormal, inconducente e ilegal el señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, luego de avocar el conocimiento, *ha entrado a resolver un recurso de reposición interpuesto contra una providencia dictada por otro juez,* y como si fuera poco recurso mal presentado, pues se hizo ante otro juez y no ante el juez que dictó la providencia;

"c) Además de pronunciarse, desconociendo la ley procesal y los principios generales del derecho procesal, dicta una providencia contraria a la ley, ya que de acuerdo al análisis que hace, para pronunciarse al respecto, hace abstracción de hechos y pruebas tan claras y fundamentales, como son los cheques que obran en el expediente, en los cuales encontramos los sellos de canje puestos por el banco cuando fueron presentados para los pagos, y dentro de esos sellos de canje encontramos las fechas correspondientes a los días en que se presentaron, e inclusive hay varios sellos de canje en razón a que fueron reconsignados en varias oportunidades, además encontramos en los mismos cheques los sellos de remesa por cuanto dichos cheques fueron girados a mi poderdante el señor Hernando Segura, Gerente de Segura y Compañía Limitada, sociedad domiciliada en Bogotá, además de estas pruebas tenemos la certificación del Banco de Colombia, en la que se dice que no existieron los fondos en el momento de presentarse los cheques y que la *Cuenta fue cancelada por mal manejo,* lo cual nos indica una vez más cuál ha sido la conducta del sindicado en el manejo de las cuentas corrientes, de estos hechos y pruebas el señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, doctor Alfredo García Muentes, no dice nada ni las vio, y hace total abstracción de ellas y se atreve inclusive a hacer una afirmación categórica y temeraria cuando dice: "El juzgado afirma que dichos cheques fueron girados en esta ciudad", como si el señor juez los hubiese visto girar, y así vemos que toda la providencia deja entrever una actuación deshonesta y llena de parcialidad a favor del sindicado;

"d) Como si fuera poco vemos con angustia que el señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena doctor Alfredo García, el mismo día en que dicta la providencia viciada de nulidad, ya que no tiene competencia para entrar a resolver el recurso de reposición interpuesto contra una providencia que dictó otro juez, o sea el 27 de septiembre de 1977, sin que dicha providencia esté ejecutoriada y sin que se haya siquiera notificado al señor Fiscal, quien entre otras cosas la apeló, ese mismo día expide y hace llegar al F-2 el oficio número 052 y al DAS el oficio Nº 053, mediante los cuales ordena suspender la orden de captura contra el sindicado Jaime Bustos Luján, pregunto ¿cuál el afán de suspender la captura?, ¿será que el señor juez doctor Alfredo García, tiene algún interés en ello y quizá ha infringido también el artículo 160 del Código Penal?, en razón a ello también solicito a los honorables Magistrados se sirvan abrir la correspondiente investigación, pues es inexplicable el afán del señor juez doctor Alfredo García, por suspender la orden de captura del sindicado, resolviendo recursos que no le concierne resolver, viciados de nulidad, suspender la captura sin que la providencia se haya ejecutoriado, desconocer una serie de pruebas visibles a la luz del derecho, y en fin toda una serie de anormalidades contrarias a derecho y que desdicen de la administración de justicia, de la preparación de los funcionarios del poder judicial, y sobre todo de la falta de ética profesional del señor Alfredo García" (folios 1 y siguientes).

En escrito posterior a su denuncia, agrega otro cargo, en los siguientes términos:

"Al folio 79, dentro de la misma providencia del 26 de octubre de 1977, el señor juez afirma que la providencia del 27 de septiembre de 1977, me fue notificada por *conducta concluyente* (artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, por disposición del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal), y esto dizque ocurrió el día 30 de septiembre de 1977, cuando presenté el memorial en el cual pedí la nulidad y además interpuse los recursos de apelación y reposición. Pero a continuación en forma contradictoria dice el doctor Alfredo García: "Cuando presento el memorial que es objeto de esta decisión, habiendo transcurrido desde esa fecha hasta la presente, más de tres días, esto está indicando a

simple vista que los recursos interpuestos contra el auto de fecha 27 de septiembre de 1977, son extemporáneos, fuera de lo antes anotado''; será esto posible cuando con base en el memorial presentado el día 30 de septiembre de 1977, es que dice el señor juez que estoy notificado por *conducta concluyente,* y luego dice que es extemporáneo, además de que podemos ver con claridad que aún a esta fecha la providencia no se encuentra ejecutoriada, en razón a que no se ha notificado en la forma taxativa como lo indica y ordena el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, y es un error más el que el señor juez doctor García, afirme que en el Derecho Penal se pueden hacer notificaciones por *conducta concluyente''* (folios 4 y siguiente).

En la ampliación de su denuncia, el abogado Vásquez Riveros hizo hincapié en sus acusaciones (folios 11 y siguientes).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante auto de 14 de febrero del año que avanza, ''se abstiene de abrir investigación penal contra el doctor Alfredo García Muentes en su calidad de Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena por considerar que los hechos denunciados no son constitutivos de delito'' (folios 48 y siguientes). Contra esta determinación interpuso recurso de apelación el denunciante y, concedido que fue, han venido las diligencias a la Corporación.

3º En extenso memorial dirigido a la Sala el denunciante y apelante sostiene sus cargos con abundante cita de tratadistas y con invocación de normas a su parecer pertinentes, insiste en que el recurso de reposición sólo puede resolverlo el mismo juez que dictó la providencia; ensaya así una refutación a lo sostenido por el Tribunal en su providencia recurrida; formula algunas consideraciones acerca de los fundamentos por medio de los cuales revocó el auto de detención proferido contra Jaime Bustos Luján dentro del proceso que a éste se le siguió por violación al Decreto 1135 de 1970, así como también critica el sistema de notificación por conducta concluyente, el cual, dice, no es aplicable en el campo procesal penal, pues en materia de notificaciones el estatuto correspondiente no deja ningún vacío, no siendo posible entonces, aplicar en él lo que sobre al respecto se establece en el Código de Procedimiento Civil (cuaderno de la Corte, folios 3 y siguientes).

4º *Consideraciones de la Corte:*

Sintéticamente los cargos formulados por el Abogado Vásquez Riveros contra el Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, doctor Alfredo García Muentes, pueden presentarse así:

1º Haber resuelto un recurso de reposición interpuesto contra un auto de detención que había sido dictado por el Juzgado Trece de Instrucción Criminal;

2º Haber expedido la orden de suspensión de la captura el mismo día en que se profirió la revocatoria del auto de detención, sin que la última providencia estuviera ejecutoriada ni aún notificada al Ministerio Público, quien la apeló;

3º Ser la providencia que revocó la de detención ''contraria a la ley, ya que de acuerdo con el análisis que hace, para pronunciarse al respecto, hace abstracción de hechos y pruebas tan claras y fundamentales como son los cheques que obran en el expediente, en los cuales encontramos los sellos de canje en razón a que fueron reconsignados en varias oportunidades'', y

4º Haberle declarado notificado el último auto por conducta concluyente, sistema de aplicación en el procedimiento civil, mas no en el penal.

Se procede a considerar separadamente cada uno de los anteriores cargos:

Al primero:

Recuerda la Corte que el recurso de reposición en materia penal se encuentra consagrada en la regla 193 del estatuto respectivo; que, según la siguiente, ''se interpondrá y sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil''. Y que por regla general debe dirigirse al funcionario que hubiere dictado la providencia, a fin de que ella sea revocada, modificada o aclarada.

Mas en el caso concreto sometido a estudio, debe tenerse en cuenta:

El auto de detención tiene fecha 16 de septiembre de 1977; el recurso de reposición contra tal providencia fue interpuesto al día siguiente y, el Juez Instructor se abstuvo de conocer de él ''en razón de que a partir de la fecha (17) de septiembre del año en curso, el juzgado quedó sin competencia para seguir conociendo de este asunto'' (folio 17).

El negocio fue enviado al Juzgado Penal del Circuito (reparto) y en memorial dirigido al Cuarto, el apoderado del sindicado Bustos Luján insiste en la revocatoria (folio 17). El conocimiento del negocio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito, desempeñado por el funcionario denunciado, doctor García Muentes, a quien su secretario, al pasárselo al Despacho, le

informó "de la existencia de un recurso de reposición y apelación en subsidio presentado por el doctor Hugo Camargo Ortiz, contra el auto de detención". Previa la tramitación propia de este recurso de reposición, se revocó el auto de detención (folio 18).

García Muentes es acusado, se repite, por haber conocido del recurso de reposición, a pesar de que no fue él, ni su juzgado, el que profirió el auto contra el cual se interpuso tal recurso.

Se tiene:

Al día siguiente de interpuesto el recurso de reposición ante el Juez Trece de Instrucción Criminal, venció el término de instrucción que le daba competencia para conocer del negocio. El juez competente, que venía a serlo el Primero Penal del Circuito, podía prorrogar la comisión o asumir directamente el conocimiento del proceso. Optó por esto último, sin que con tal medida contrariara ninguna norma.

Como tampoco la contrarió al resolver acerca del recurso de reposición en atención a esa misma circunstancia, ya que, el Juez Instructor o el juez comisionado se encuentran transitoriamente haciendo las veces del juez competente para conocer de determinado negocio, es decir, desempeñando sus funciones, en cuanto éstas pueden caer bajo su competencia o en cuanto la ley no lo prohíba de manera expresa. Así, por ejemplo, un juez comisionado nunca podrá calificar el mérito de un sumario ni dictar sentencia alguna en él, porque este acto es privativo del juez competente. Como tampoco podrá conocer de un recurso que corresponda a otro de superior categoría o, aún de igual categoría, si por reparto su conocimiento ha correspondido a otro Despacho paralelo.

De acuerdo con el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal "el Juez de Instrucción tiene la misma categoría que el Juez de Circuito" y, en consecuencia, éste puede comisionar a aquél (Código de Procedimiento Penal, artículo 49, inciso 3º).

Así las cosas y, en atención a las circunstancias de modo que han sido reseñadas, el hecho de que el Juez Primero de Circuito Penal hubiera resuelto acerca del recurso de reposición interpuesto contra una providencia del Juez Trece de Instrucción Criminal dentro de estas diligencias y cuando aquél ya había perdido su competencia, no es constitutivo de delito ni, por tanto, amerita que se inicie investigación penal alguna por ese concepto.

Al segundo cargo:

Que se hace consistir en que suspendió la orden de captura el mismo día en que dictó el auto por medio del cual revocó el de detención, sin estar aquél ejecutoriado.

Se considera: No existe en el Código de Procedimiento Penal ninguna norma que obligue a que se notifique o a que quede ejecutoriado el auto por medio del cual se concede la libertad, para que él pueda cumplirse.

De otra parte y, como lo anota el Tribunal en su providencia recurrida, de acuerdo con el artículo 208 del estatuto procesal penal "salvo lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 179, en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada". Pero esta disposición expresa tiene operancia en la etapa del juicio y no en la del sumario. Además, conviene recordar que habiendo sido revocado el auto de detención y no mediando motivo legal distinto que justifique la detención de un ciudadano, éste debe ser puesto en libertad para no caer en el ilícito de detención arbitraria. Y, si en el caso presente Bustos Luján no se encontraba aún detenido, esta circunstancia no hace desaparecer los razonamientos anteriores sobre no obligatoriedad de esperar la ejecutoria del auto por medio del cual, en la etapa sumarial, se revoca el de detención.

Además, como lo anota el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la acusación es inocua "porque así la providencia en cuestión sea susceptible de los recursos ordinarios, de ser impugnada, los recursos se concederían en el efecto devolutivo (artículo 196 del Código de Procedimiento Penal), y ésto significa que debía cumplirse en todas sus previsiones sin esperar ejecutoria".

Por tanto, tampoco se ve que al proceder en la forma en que se ha analizado, el juez acusado haya incurrido en delito alguno.

Al tercer cargo:

Que se hace consistir, en el fondo, en que por medio de la providencia que revocó el auto de detención, se incurrió en el delito de prevaricato.

Hasta ahora no se ve la consistencia de tamaña afirmación. El prevaricato exige que la determinación que se tome sea contraria a la ley y que se incurra en esta contrariedad de manera consciente y voluntaria, es decir, "a sabiendas". Pero de acuerdo con las propias afirmaciones del denunciante, lo que ocurrió fue que el juez, para tomar tal determinación, tuvo en cuenta un cri-

terio perfectamente distinto al del señor apoderado de la parte civil. Y de esta simple confrontación de criterios no puede surgir, sobre argumento grave y sólido, una acusación de la magnitud de la que se ha formulado.

La ley brinda remedios para las actuaciones judiciales que pueden obedecer a erróneas interpretaciones de ella o de las pruebas y a ellos habrá de recurrirse. De manera que aún por este aspecto, la más elemental prudencia indica que no debe procederse a decretar investigaciones de esta naturaleza mientras, por lo menos, el superior, en virtud del recurso de apelación, ni siquiera haya revocado el fallo en cuestión. El anterior criterio habrá de seguirse en esta providencia.

Al cuarto cargo:

Notificación de un auto por conducta concluyente, aplicable en el procedimiento civil, mas no en el penal.

Es cierto que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 180, dispone: "Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público se harán en forma personal. Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido y a los apoderados y defensores, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado ese término sin que se haya hecho la notificación personal, las sentencias se notificarán por edicto y los autos por estado" y, en el inciso 2º de la norma siguiente dispone que la última clase de notificaciones se practicará "en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil".

Pero el hecho de que el artículo 180 del Estatuto Procesal Penal indique que las sentencias se notificarán por edicto y los autos por estado, no excluye la posibilidad de aplicar en los procesos penales la notificación por conducta concluyente consagrada en la regla 330 del Procedimiento Civil. En efecto:

Hay un primer argumento de orden lógico sobre el cual cimentar la afirmación anterior:

Manda la regla 330 del estatuto procesal civil: "Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o se refiera a ella en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia si queda constancia en el acta, se considerará notificado de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia.

"Cuando una parte retire el expediente de la Secretaría en los casos autorizados por la ley, se entenderá notificada desde el vencimiento del término para su devolución, de todas las providencias que aparezcan en aquél y que por cualquier motivo no le hubieren sido notificadas".

Ahora bien: Notificar no es otra cosa que hacer conocer, en este caso, una providencia judicial, a las partes; es llevar el conocimiento de esa providencia, a quien pueda interesarle. Generalmente ese conocimiento se lleva a término en forma personal o por edicto o estado, esto último, según se trate de una sentencia o de un auto, respectivamente.

Entonces, es apenas elemental que, según las voces del artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, quien en un escrito dice que conoce determinada providencia o a ella hace referencia o, quien en audiencia o en cualquier otra diligencia pública hace la misma manifestación, con ello está diciendo que conoce esa providencia, cumpliéndose así los fines propios de la notificación: hacer conocer aquella. Y, lo mismo debe predicarse de quien ha retirado el expediente de la Secretaría.

Sostener lo contrario, es decir, que en tales casos no se ha cumplido la notificación, sería caer en el absurdo, pues en múltiples casos, esta notificación es más real que aquella que se verifica por edicto o por estado.

Desde otro punto de vista, se tiene:

En el antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931), no estaba consagrada la notificación por conducta concluyente. Esta manera aparece es en el nuevo (Decretos 1400 y 2019 de 1970), que vino a adicionar las formas de notificación con esa modalidad, la cual, según los términos del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, es aplicable a los casos penales, pues en nada se opone a la estatuida en éste. Por el contrario, viene a complementarlo, sin que se menoscaben los derechos de las partes, pues ya se ha visto qué función cumple y cómo viene a cumplirla.

Además: Tampoco se puede afirmar que esta forma de notificación por conducta concluyente sea totalmente nuevo en nuestro sistema procesal penal: ya en el antiguo Código sobre la materia (Ley 94 de 1938), en su esencia se había consignado para determinados casos. Por ejemplo:

"Artículo 198. Son causales de nulidad en los procesos penales:

"..... .....

"3º No haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo en jui-

cio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal.

"4º No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos que probar en el juicio; pero el proceso no se anula si el interesado que no ha sido notificado hace uso del derecho de pedir pruebas, o si citado personalmente para la práctica de alguna prueba no solicita dentro de los tres días siguientes que se retrotraiga el juicio al estado en que se encontraba cuando ha debido hacerse la notificación omitida. Sólo el interesado no notificado podrá pedir la anulación del proceso por esta causal.

"5º No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio; pero no se declarará la nulidad, si el interesado no notificado concurre a la audiencia. Sólo este podrá solicitar la anulación del proceso por esta causal".

Y, el "artículo 199. En los juicios en que interviene el jurado son causales de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior:

"... ... ...

"2º No haberse notificado en debida forma el auto que señala día y hora para el sorteo, cuando la respectiva diligencia se practique sin la concurrencia del interesado no notificado y sea este quien alegue la nulidad. Tal nulidad desaparece si no se propone antes de la ejecutoria del auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio.

"3. Reemplazar ilegalmente en el acto del sorteo a alguno de los designados o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alega la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes.

"... o haberse omitido en la misma (diligencia de sorteo de jurados), cualquiera formalidad de las que la ley señala, siempre que en este último caso se haya hecho la reclamación correspondiente por alguno de los interesados al tiempo de verificar el acto y que sea dicho interesado el que alega la nulidad".

Y, si se observan las modificaciones introducidas a esas normas por el Decreto 1358 de 1964, artículos 37 y 38, bien se echa de ver que mucho de lo anterior quedó vigente. Y, lo propio quedó consignado en las reglas 210 y 211 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971).

Entonces, como la notificación por conducta concluyente consagrada en el Código de Procedimiento Civil (artículo 330), en nada se opone a lo estatuido sobre el particular por el de Procedimiento Penal ni a ninguna ley especial sobre la materia sino que, por el contrario, viene a complementarlo haciendo más expedita la tramitación de los negocios penales, correspondiendo así también a la economía procesal, síguese que en estos cabe perfectamente su aplicación, siempre y cuando que no se exija de manera concreta y excluyente para alguna clase de providencias la notificación personal, por ejemplo, las que deben hacerse al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público (Código de Procedimiento Penal, artículo 180, inciso 1º) y la del auto de proceder al defensor y al procesado, salvo "lo dispuesto en el artículo 484 sobre reo ausente" (ídem 182).

En consecuencia, no se observa que pueda afirmarse que el Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, al afirmar que el apoderado doctor Vásquez Rivera había quedado notificado por conducta concluyente, incurrió en ilícito penal alguno y, tanto menos cuanto que no hizo otra cosa que aplicar el mismo procedimiento que en repetidas ocasiones había adoptado el Tribunal Superior de Cartagena, puesto que como se dice en la providencia inhibitoria recurrida, "la Sala Penal de este Tribunal viene utilizando la notificación por conducta concluyente en virtud de lo que dispone el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal".

En mérito de lo expuesto y como se ha llegado a la conclusión de que ninguno de los cargos es constitutivo de delito, la providencia recurrida habrá de confirmarse, como lo solicita el colaborador fiscal.

Por tanto la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto recurrido en apelación, proferido dentro de estas diligencias el día 14 de febrero del año en curso, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el informativo a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario,

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

Requisitos para concederla

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 71, octubre 4 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 4 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

El apoderado del sentenciado Juan Fernando Góngora Arciniegas solicita en favor de su mandante el beneficio de libertad por pena cumplida.

Resultandos y considerandos

1º El memorialista fundamenta su solicitud en que Góngora Arciniegas ha estado privado de su libertad durante 11 meses, 17 días; a que tiene derecho a una rebaja de la pena de 4 meses, 15 días y a que también tiene derecho por concepto de trabajo, a una reducción de aquélla de 3 meses y 12 días.

A la petición acompañó el Acta número 104 de fecha 19 de septiembre del año en curso, del Consejo de Disciplina del respectivo establecimiento carcelario: Dirección General de Prisiones —Centro de Rehabilitación Social - Facatativá—, en el cual se califica su conducta de ejemplar (cuaderno de la Corte, folios 176, 172) y una constancia acerca de las horas trabajadas como ayudante de la cafetería (ídem, folios 177, 173).

2º *El Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de julio de 1977, revocó la absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal de la misma ciudad, para, en su lugar, tomar entre otras determinaciones las de* condenar *a Juan Fernando Góngora Arciniegas y a Manuel Gustavo Sánchez Rico, "a la pena principal de dieciocho (18) meses de presidio, como responsables del delito de* lesiones personales, *inferidas en la persona de Alvaro Gutiérrez Martínez" y, "por habérseles hallado responsables, se* condenan *igualmente al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, establecidos mediante peritazgo en la suma de treinta y dos mil pesos ($ 32.000.00) en favor de quien corresponda" (cuaderno principal, folios 577 y siguientes).*

3º *De acuerdo con el artículo 85 del Código Penal, "podrá concederse la libertad condicional al condenado ... a la pena de presidio, que haya cumplido las tres cuartas partes, siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo origen, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir". Exige, además, previa audiencia del Ministerio Público y concepto favorable y motivado del respectivo Consejo de Disciplina.*

4º *Góngora Arciniegas, se repite, fue condenado a 18 meses de presidio.*

Ha estado privado de su libertad por razón de estas diligencias:

Del 15 de noviembre de 1973 (folio 249), al 20 de noviembre del mismo año (folio 260), 5 días.

Del 25 de noviembre de 1975 (folio 416), hasta el día siguiente (folios 421 y siguiente), 1 día.

Del 7 de octubre de 1977 (folio 591), hasta esta fecha, 11 meses, 17 días.

Total en privación efectiva de la libertad, 12 meses, 3 días.

Las tres cuartas partes de 18 meses son 13 meses 15 días, que son los que debería purgar Góngora Arciniegas, para tener derecho a la libertad que solicita.

Mas como debe tenerse en cuenta a su favor la reducción de la pena por trabajo, entonces, teniendo en cuenta las pertinentes observaciones del Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el total de horas trabajadas y que se aceptan: 2.048, le da derecho a una rebaja superior a los 42 días que le faltan para los 13 meses 15 días atrás referenciados.

En consecuencia, por este aspecto, tiene derecho al beneficio que impetra.

5º *Indemnización de perjuicios:*

Se anotó que Góngora Arciniegas fue condenado junto con su compañero a indemnizar perjuicios morales y materiales, en concreto, por $ 32.000.00.

Apunta el Ministerio Público en su concepto de rigor que de acuerdo con el artículo 90 del Código Penal, la concesión de la libertad se subordina al cumplimiento de aquella obligación, lo cual no ha tenido efectividad, sin que tampoco haya demostrado el peticionario estar en imposibilidad de cubrirla.

En atención a tal observación, el Magistrado sustanciador dictó un auto para proveer sobre el particular y dispuso que esa suma fuera puesta en depósito en el Banco Popular a órdenes de la Corte, lo cual se cumplió según el certificado de depósito F- número 0529368 de 3 de octubre del año en curso (folio 188).

De manera que por este aspecto, también habrá de accederse al beneficio impetrado.

En cuanto hace relación al destino del depósito anterior, como está pendiente de resolver el recurso de revisión interpuesto con referencia a este proceso, en su oportunidad se dispondrá sobre el particular lo que se estime de ley.

6º *El beneficiado prestará caución de buena conducta, de carácter prendario, por la cuantía de cien pesos ($ 100.00) y se comprometerá, además, a no incurrir en nuevas infracciones, a abstenerse de concurrir a expendios de bebidas embriagantes y a casas de juego por el término de un año.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal, CONCEDE al sentenciado Juan Fernando Góngora Arciniegas el beneficio de libertad caucionada, siempre y cuando preste caución por cuantía de cien pesos ($ 100.00) y no exista motivo de privación de la misma por proceso diferente a éste.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD POR OCULTAMIENTO

Delito perfecto. Delito imperfecto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 65 de 19 de septiembre de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 4 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación formulado contra la sentencia del 10 de febrero de 1977, mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio, confirmó la que en primera instancia emitió el Juzgado Tercero Superior de esa misma ciudad para condenar por un delito de falsedad en documentos al procesado Marco Antonio Ocampo Espinosa, a la pena principal de 54 meses de presidio más 5 años de relegación a colonia agrícola, las demás accesorias de ley y, en forma genérica, a la indemnización de perjuicios.

1. *Los antecedentes:*

Por la revisión del expediente se sabe que en contra de Marco Antonio Ocampo Espinosa cursaba un proceso por un posible delito de estafa, según denuncia de María del Carmen Quevedo. El proceso estaba radicado en el Juzgado Primero Penal Municipal de Villavicencio y el sindicado detenido solicitó permiso para leer el expediente. Este permiso le fue concedido, se le llevó al juzgado y se le entregó dicho expediente. Al terminar la lectura lo devolvió y el Secretario del Juzgado al revisar el expediente advirtió la falta de un cheque que constituía base de la investigación y puso el hecho en conocimiento del juez doctor Helio Celis Guarín, quien dispuso se requisara al procesado. Cuando el sindicado Ocampo Espinosa se quitó uno de sus zapatos el juez vio junto a él un papelito enrrollado que resultó ser el cheque sustraído del expediente.

2. *La actuación procesal subsiguiente:*

La denuncia correspondiente al hecho relatado en el punto anterior la formuló el doctor Helio Celis Guarín ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Villavicencio el día 24 de noviembre de 1970. El hecho se había sucedido el día anterior. El funcionario que recibió la denuncia emitió auto cabeza de proceso el día 25 del mismo mes y año, recibió varias declaraciones e indagatorió al sindicado Ocampo Espinsa el 25 de enero de 1971 (folio 24). El asunto pasó al conocimiento del Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, en donde se declaró cerrada la investigación el día 15 de noviembre de 1971 y, recibió el concepto fiscal del 14 de agosto de 1973, se emitió auto de proceder el 2 de mayo de 1974 (folio 120). El hecho imputado a Ocampo Espinosa fue calificado como falsedad, así: "El hecho delictuoso consumado por Marco Antonio Ocampo Espinosa está tipificado en el Capítulo III, del Título VI, Libro Segundo del Código Penal Colombiano, y sancionado con presidio" (folio 125). A Ocampo Espinosa se le llamó a responder en juicio "como autor sicofísico del delito de falsedad en documentos al sustraer dolosamente el cheque ...". Terminada la etapa probatoria de la causa se realizó la audiencia pública el día 11 de agosto de 1976 (folio 243), y se emitió sentencia de primera instancia el día 31 de agosto del mismo año (folio 262). En dicha sentencia se habla de "supresión u ocultamiento" de documento público y se cita el numeral 9º del artículo 231 del Código Penal, junto con el artículo 233 del mismo estatuto como normas sustantivas aplicables al caso. Las sanciones aplicadas son las que aparecen en la parte inicial de esta providencia. En la segunda instancia, me-

diante sentencia del 10 de febrero de 1977 (folio 20, cuaderno 2º) el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó en su totalidad la sentencia de primera instancia. Es contra esta última que se endereza el recurso concedido mediante auto del 28 de abril de 1977.

3. *La demanda de casación y las causales que invoca:*

La primera causal que agita el censor es la de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 231, 34 y numeral 1º del artículo 37 del Código Penal (numeral 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Tres aspectos comprende esta primera alegación:

a) El de que no existe en el caso de autos un delito perfecto de falsedad, sino un delito imperfecto que para el censor es frustrado, motivo por el cual se hacía aplicable el artículo 17 del Código Penal que dejó de aplicarse;

b) El de que no puede hablarse en este proceso de una segunda reincidencia por defectos en las copias de las sentencias correspondientes y, por tanto, no debió aplicarse el artículo 34 del Código Penal, y

c) Que las sentencias de condena anteriores a la impugnada fueron tomadas para deducir reincidencia (artículo 34 del Código Penal) y para deducir también, como causal de mayor peligrosidad (numeral 1º del artículo 37 del Código Penal) "antecedentes de depravación y libertinaje" al procesado, con lo cual se desconoció el principio del *non bis in ídem*.

La segunda causal alegada la hace consistir el censor en la "inconsonancia" entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder. La apoya en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. En su desarrollo dice que en el auto de proceder se llamó a responder en juicio a su poderdante por "sustracción" del cheque y el verbo sustraer no aparece en el texto del numeral 9º del artículo 231 del Código Penal. No se habló de "supresión" del documento. Las palabras "sustracción y ocultamiento" aparecen en los fallos y, en consecuencia, existe la "inconsonancia" que alega.

Al final de cada uno de los capítulos en que se divide la demanda se solicita casar el fallo recurrido y proceder de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

4. *La contestación del Ministerio Público:*

En cuanto a la afirmación de que se trata de un delito frustrado de falsedad dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal que el punto había sido debatido en las instancias y rechazado allí con buenas razones, pues demostrado quedó que el procesado tomó en forma dolosa el documento con el fin de eliminar la prueba en su contra. De esta manera, dice: "incurrió en falsedad por supresión, conducta que se consumó en este momento, toda vez que separó el documento dicho y lo guardó con el propósito indicado". Sólo la efectiva actividad de los funcionarios del juzgado permitió recuperar ese documento. La infracción se consumó, agrega: "pues el procesado logró tomar o sustraer del expediente respectivo el escrito indicado, lo cual no puede estimarse que lo hiciera para ocultarlo temporalmente, sino para que no obrara en su contra, como ya se dijo y con efectos permanentes". Al negar aplicabilidad al caso de autos de la jurisprudencia sobre dolo en el delito de falsedad que el censor transcribe, afirma: "Y debe agregarse que con la sustracción material del documento para tomarlo o tenerlo en su poder el acusado, se efectuaba la supresión de la prueba para los efectos legales respectivos".

En relación con la alegación sobre imposibilidad de cargar al sindicado una segunda reincidencia sobre la base de que es insuficiente la prueba aportada afirma que yerra el censor al discutir la prueba, pues ello coloca su argumentación en el terreno de la violación indirecta de la ley sustancial. Lo anterior no obsta para que considere que no existe insuficiencia alguna en la prueba de dicha reincidencia. En cuanto a la alegación sobre la circunstancia de mayor peligrosidad, afirma que tiene razón el recurrente, pues si las condenas fueron tomadas como base para deducir la reincidencia no podían serlo también para deducir la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal. Sólo que el cargo tampoco puede prosperar porque el sentenciador se movió dentro de los límites mínimo y máximo de pena imponible de acuerdo con lo establecido por el artículo 36 del Código Penal y tomó en cuenta, para la graduación de la sanción, factores diversos como los relativos a la personalidad del procesado y a los motivos determinantes del hecho.

En cuanto a la invocación de la causal segunda, reconoce que no puede desconocerse la imprecisión en la utilización de los términos por parte del juzgador que emitió el auto de proceder, pero

ello constituye apenas una irregularidad que no es suficiente para hablar de "inconsonancia", ya que el cargo que se hizo en el auto de calificación "consistió esencialmente en que el procesado en forma dolosa tomó o sustrajo el documento del expediente, para producir los efectos correspondientes" y "por esta misma conducta e imputación exactamente se le condenó".

5. *Las consideraciones de la Sala:*

Tiene razón el censor cuando sostiene que los juzgadores encontraron un delito perfecto de falsedad documental en aquello que, bien miradas las cosas, no trasciende el plano de la imperfección. Por otra parte, su alegato se ajusta a la técnica del recurso porque invoca una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de la misma, y no incurre en el error de controvertir y desconocer la prueba sobre la cual se montó la decisión impugnada, sino que la acepta de la misma manera que lo hizo el sentenciador, para luego establecer con ella una modalidad delictiva diferente.

Se ha ubicado la infracción que se carga al procesado en el numeral 9º del artículo 231 del Código Penal y se la ha concordado con el artículo 233 del mismo estatuto, porque la acción cumplida recayó sobre un cheque que formaba parte de un proceso penal. Aparte cualquier consideración acerca de que bastaba referirse a la primera norma, pues ello no es materia de la impugnación, debe aceptarse que los juzgadores se han referido en forma indiscriminada a dos hipótesis delictuales diferentes como son la "supresión" y el "ocultamiento" de documentos. Sin embargo, a pesar de la imprecisión terminológica la calificación es correcta y exacta la cita de la norma que contiene los dos aspectos de falsedad señalados. De destrucción nadie ha hablado porque tal cosa no ha sucedido en este caso. Sin embargo, bien podía ser la destrucción el fin último del documento que fue sacado del sitio en que se encontraba y trasladado a uno de los zapatos del procesado.

La supresión de un documento consiste en la variación, cambio o mudanza de su contenido intelectual, para que no pueda cumplir su destinación probatoria, o no permita establecer la relación jurídica que lo originó. El ocultamiento consiste en extraerlo, temporalmente, del ámbito de disponibilidad de aquel que tiene derecho a poseerlo o utilizarlo. El primero de los efectos se logra actuando sobre los grafismos del documento con el fin de hacerlos desaparecer; por ejemplo, mediante tachaduras, borrones, lavados, etc. El segundo, escondiéndolo, tapándolo con alguna sustancia, o reteniéndolo cuando se tiene la obligación de entregarlo, restituirlo, exhibirlo, presentarlo, etc.

En el caso de autos hubo ocultamiento, tanto en sentido común como en sentido jurídico. En el primero, porque el procesado lo sacó del expediente y lo colocó en uno de sus zapatos, es decir, lo escondió, lo encubrió a la vista. En el segundo, porque lo sacó de la órbita de disponibilidad de las personas que intervienen en el proceso. El juzgador de primera instancia colocó la palabra "sustraer" en la parte resolutiva del auto de proceder y con ello dio pie al impugnador para plantear una posible discordancia con las sentencias. "Sustraiga", "sustracción", "sustraer", son palabras que no aparecen en el texto del artículo 231 del Código Penal. La sustracción es evidente en el caso de autos, pues no de otra manera que realizándola podía el procesado entrar en posesión del documento para ocultarlo. La palabra no tiene aquí la significación jurídica que el censor le da al enunciar la segunda causal de casación que agita, sino que indica el medio de que se valió el autor para lograr el ocultamiento.

Si se piensa que con el ocultamiento del cheque pretendía el procesado extraerlo de la órbita o ámbito de disponibilidad que tenían todas aquellas personas con derecho a intervenir en el proceso y a exigir que el documento permaneciera en el expediente, y si se sabe que no logró ese propósito por la oportuna reacción del secretario del juzgado y por el registro a que el juez lo sometió, debe aceptarse que no existe falsedad perfecta. El factor temporal, que es de la esencia del ocultamiento, fue tan breve, tan efímero, tan fugaz, que permite la afirmación del conato en una infracción que para su plena consumación necesita cierta permanencia en la actividad que la constituye. El censor habla de frustración, pero resulta claro que el procesado no agotó todos los actos necesarios para lograr la consumación del delito, por circunstancias ajenas a su voluntad (artículo 17 del Código Penal), sino que apenas cumplió actos ejecutivos (artículo 16 del Código Penal). El cargo prospera.

Al principio se dijo que las alegaciones del censor con base en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal tiene tres aspectos: el ya analizado de la imperfección del delito, el que atañe a la reincidencia de segundo grado, y el de una posible doble consideración de las sentencias anteriores para deducir, además,

una inexistente circunstancia de mayor peligrosidad. En cuanto a las reincidencias, bien se ve que el censor desconoce la prueba que tuvo en cuenta el juzgador para llegar a dicha conclusión, y ello podría alegarse con base en el cuerpo 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial producida por error de hecho. Por este aspecto no puede prosperar el cargo. Como tampoco puede prosperar por el último aspecto, ya que la sentencia es sumamente clara en decir que las sentencias antecedentes sólo fueron tenidas en cuenta para deducir reincidencia y los antecedentes de depravación y libertinaje se deducen de pruebas distintas.

Al prosperar el primero de los cargos que el censor consigna al aducir la causal primera de casación y descartar los otros dos que al amparo de la misma causal aparecen en la demanda, queda relevada la Sala de considerar la segunda causal invocada, aunque, si bien se consulta el aparte destinado al examen de la palabra "sustraer", tampoco podía prosperar.

Cabe, por lo dicho, la casación parcial de la sentencia y la aplicación del numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, que ordena dictar el fallo que debe reemplazar al impugnado. En este orden de cosas el reconocimiento de la tentativa implica modificación en la pena, porque se emitió la aplicación del artículo 16 del Código Penal y, correlativamente, hubo aplicación indebida del artículo 231 del mismo Código.

La pena que trae el artículo 233 del Código Penal oscila entre dos (2) y ocho (8) años de presidio. Al no aplicar el artículo 16 del Código Penal el juzgador partió de esa pena mínima sin efectuar la disminución por razón de la tentativa que desconoció. Esta diminuente deja la pena en un (1) año que es cantidad no inferior de la mitad del mínimo. De aquí en adelante se conservan las deducciones de mayor peligrosidad (numerales 1º y 6º del artículo 37 del Código Penal y 36 del mismo) y de reincidencia de segundo grado que aparecen en la sentencia, con lo cual se tiene un aumento de un (1) año por lo primero, para un total de dos (2), y la mitad de dos (2) por lo segundo (artículo 34 del Código Penal), para un total de tres. La accesoria de relegación a colonia agrícola penal queda inmodificada.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR parcialmente la sentencia impugnada para imponer al procesado Marco Antonio Ocampo Espinosa, de condiciones civiles conocidas de autos, la pena principal de tres (3) años de presidio como autor responsable del delito de falsedad porque fue llamado a responder en juicio, en grado de tentativa.

En lo demás queda inmodificada la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, (con salvamento de voto), *Dante L. Fiorillo Porras* (con salvamento de voto), *Gustavo Gómez Velásquez* (con salvamento de voto), *Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero* (con salvamento de voto), *Horacio Gómez Aristizábal* (Conjuez, con la aclaración de que no se trata de un delito tentado sino frustrado), *Jesús Estrada Monsalve* (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados: Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez y José María Velasco Guerrero.

Respetuosamente disentimos del criterio de la mayoría, por las siguientes muy breves razones.

Dice la sentencia:

"Si se piensa que con el ocultamiento del cheque pretendía el procesado extraerlo de la órbita o ámbito de disponibilidad que tenían todas aquellas personas con derecho e intervenir en el proceso y a exigir que el documento permaneciera en el expediente, y si se sabe que no logró ese propósito por la oportuna reacción del secretario del juzgado y por el registro a que el juez lo sometió, debe aceptarse que no existe falsedad perfecta. El factor temporal, que es de la esencia del ocultamiento, fue tan breve, tan efímero, tan fugaz, que permite la afirmación del conato en una infracción que para su plena consumación necesita cierta permanencia en la actividad que la constituye".

Es decir, que como el agente no obtuvo el provecho buscado, hace desaparecer definitiva-

mente el título valor que suprimió del expediente y ocultó en uno de sus zapatos el delito de falsedad en documentos públicos, quedó en grado de imperfección: tentativa según unos, frustración como lo afirma el conjuez de la Sala.

Se olvida por este modo que la falsedad en documentos públicos pertenece a la categoría de los delitos políticos, en los cuales no es posible distinguir entre actos de consumación y agotamiento. En ellos, los actos de consumación entrañan de suyo el delito perfecto, y realizan la ofensa al derecho universal o colectivo, muy superior al beneficio buscado por el agente. El delito adquiere plenitud en su objetividad jurídica, y así el culpable no haya logrado su designio u objetividad ideológica, no puede hablarse ni de tentativa ni de frustración, porque fue inocuo el fin último al que de manera exclusiva se dirigía su acción. No importa, el delito es perfecto y el daño al derecho colectivo consiste en la violación del interés que cada ciudadano tiene en que se respete la fe pública.

Si el juez, advertido por el Secretario de su Despacho, ordenó la requisa del inculpado y el documento volvió al expediente, no por ello la falsedad material en documentos públicos quedó en grado de imperfección. Por el contrario. Se consumó, no obstante la brevedad de su extensión en el tiempo. Ocurre aquí lo propio que cuando el ladrón es sorprendido cuando desciende las escaleras del edificio con la cosa robada. No obtuvo el provecho querido, pero el delito es perfecto. La simple potencialidad de la violación del derecho concreto —dice Carrara—, sumada a la ofensa al derecho en abstracto, es suficiente para que se configure el delito en su objetividad jurídica y surja acabada la ofensa a la ley.

Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Dante L. Fiorillo Porras, José María Velasco Guerrero.

Fecha ut supra.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Violación directa. Violación indirecta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 72.

Bogotá, D. E., octubre 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Lucindo Fernández Fernández, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de 18 de enero de este año, que lo condenó a la pena de cuarenta meses de presidio como responsable del delito de homicidio, con la atenuante de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal, cometido en la persona de Marco Aurelio Salas, y lesiones personales ocasionadas a Carlos Julio Romero Chavarrio. El Juzgado Segundo Superior lo había condenado a pagar la pena de treinta y cuatro meses de presidio.

Hechos y actuación procesal

Los relata así el Ministerio Público:

"Cuentan los autos que el día 13 de julio a eso de las cinco de la tarde se encontraba un grupo de amigos en la cantina o tienda de propiedad del señor José de la Cruz Velandia Jiménez, ubicada en el perímetro urbano del Municipio de Villapinzón; entre ellos el hoy sindicado y el occiso, Lucindo Fernández Fernández y Marco Aurelio Galindo Salas, respectivamente, tomándose algunas cervezas. Acto seguido y en forma intempestiva, el primero de los nombrados desenfundó un revólver que disparó contra el segundo y seguidamente lo accionó por segunda vez haciendo blanco en el mismo y como consecuencia falleció de inmediato en el mismo lugar de los hechos. También resultó herido en este mismo caso el joven Carlos Julio Romero Chavarrio, a quien prestaron los auxilios correspondientes, en tanto que el homicida emprendía la huida y posteriormente, 21 de los mismos, se presentó ante las autoridades respectivas (folio 204, cuaderno 1º)".

Cumplida la tramitación de rigor, el jurado contestó afirmativamente el cuestionario relativo al homicidio, pero con la aclaración de que había obrado en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación de la víctima.

El cuestionario por lesiones personales fue contestado así: "Sí es responsable, pero bajo la influencia de error en el golpe".

El Juez Segundo Superior dictó sentencia con base en los veredictos y condenó al procesado a la pena mínima de treinta y cuatro meses de presidio y le concedió la libertad condicional con vista en la rebaja de pena por trabajo y con fundamento en los artículos 85 del Código Penal y 453 del Código de Procedimiento ibídem, numeral 6º. Consultó su providencia con el Superior y éste la modificó en el sentido ya indicado y suprimió el beneficio de la excarcelación.

La demanda y la causal invocada

La causal primera de casación, en su doble concepto de violación directa e indirecta de la ley.

Bajo el rubro primer cargo, en forma separada, presenta dos acusaciones a la sentencia. El primero por error de derecho, y el segundo por error de hecho.

Y bajo la denominación de segundo cargo, vuelve a formular dos acusaciones. Una por error de derecho y otra por error de hecho.

La doble acusación, se presenta, en ambos casos, sobre unos mismos hechos.

Concepto del Procurador y consideraciones de la Corte

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota las contradicciones implícitas en los errores de técnica de que adolece la demanda. Pero, no obstante, estudia la impugnación y concluye con la solicitud de que se deseche por la Sala.

Por una inadvertencia del Magistrado sustanciador, se dijo que la demanda se ajustaba, en su forma, a los requisitos de ley.

Pero casi que resulta inútil repetir que los dos conceptos de la violación de la ley sustancial —directa e indirecta— obedecen a criterios distintos, e incompatibles entre sí. La violación directa debe invocarse con independencia del contenido probatorio del proceso, que el recurrente acepta como ha sido establecido por el sentenciador. Discute solamente la equivocada selección de la norma aplicada en la sentencia para resolver el caso concreto que motiva la acusación. O que la norma bien seleccionada no fue aplicada en sus precisos alcances.

El concepto de la violación directa de la ley sustancial entraña las tres siguientes modalidades:

a) Infracción directa. Se da cuando el sentenciador excluye de aplicación la norma sustancial que la solución del caso concreto reclama exigentemente;

b) Aplicación indebida. El proceso se resuelve con aplicación de una norma impertinente;

c) Interpretación errónea. La norma bien seleccionada por el sentenciador se aplica al caso concreto, al margen de sus precisos alcances, de forma que el sentenciador sustituye con el propio suyo el sentido exacto de la ley.

La violación indirecta de la ley, obedece a las dos siguientes modalidades:

1ª Error de hecho:

a) El sentenciador ignora la existencia de un hecho en el proceso cuya evidencia probatoria habría influido en forma concluyente en su definición, haciendo posible la absolución del sindicado, o su condena, o las atenuantes de su responsabilidad;

b) El sentenciador supone la existencia de un hecho ausente del proceso —con igual fuerza conclusiva en las determinaciones de la sentencia—;

c) El sentenciador distorsiona un hecho, como los anteriores, de pareja fuerza conclusiva en la definición del proceso. De forma que su interpretación por el juzgador, tanto vale como no haberlo supuesto o ignorado.

2º Error de derecho:

Siempre recae sobre las normas reguladoras del valor de la prueba, o de las que prescriben la forma de su aducción al proceso. Admite las dos siguientes posibilidades:

a) El sentenciador concede a un hecho probatorio mérito de convicción por fuerza de su tasa legal. Lo exagera o lo recorta en sus precisos alcances;

b) El sentenciador concede mérito de convicción a un hecho probatorio agregado al proceso sin la observancia de las prescripciones legales que regulan la forma de su aducción.

Ninguno de los supuestos anteriores, de rigurosa aplicación en el recurso extraordinario y de cumplimiento estricto, lo mismo por el impugnador de la sentencia que por el órgano de casación, ha sido atendido por el demandante, cuyo alegato de sustentación reúne sí los requisitos de un escrito de instancia. Las consideraciones que con este carácter ha hecho el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, para satisfacer las inquietudes del recurrente, son suficientes, finalmente, para que ...

La Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CURADOR AD LITEM

Es propio en el Derecho Civil, pero impropio en el Derecho Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., octubre 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 23 de junio del año pasado que confirmó, sin modificaciones, la de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Superior de El Espinal (Tolima), interpusieron recurso de casación los procesados Armando Serrato Vásquez, Edgar Barrios y Jesús Elías Chavarro Torres, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte.

Los apoderados de los procesados Serrato Vásquez y Chavarro Torres presentaron, también oportunamente, las correspondientes demandas de casación, formalmente ajustadas a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron resumidos en la providencia de 31 de diciembre de 1976, proferida por el Juez Segundo Superior de El Espinal, en los siguientes términos que la Corte estima ajustados a las pruebas del proceso:

"... La presente investigación tuvo como base la denuncia formulada por Manuel José Romero Castro en averiguación de los responsables del delito de secuestro de que fuera víctima el campesino Angel Alberto Romero Castro, hechos ocurridos el jueves veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y cinco en la finca El Mirador, ubicada en jurisdicción del Municipio de Dolores, Tolima. Según el denunciante, ante la desaparición de Romero, Martín Romero Vargas, hijo del secuestrado optó por la búsqueda de su progenitor, y tan sólo al día siguiente fue encontrado en un potrero el caballo que el día anterior cabalgaba la víctima; sobre la silla, envuelta en una bolsa plástica y dentro de una mochila se halló una nota en la cual Romero exigía a su esposa que vendiera los ganados a fin de adquirir un millón y medio de pesos que los secuestradores reclamaban por el rescate. Manuel José advirtió alguna sospecha en alias Andrade, por algunos antecedentes delictivos, así como de Bernardo Lozano, cuñado del anterior ...".

"... Ante lo sucedido intervino la Fuerza Pública, la que al parecer se desplazó al paraje de los acontecimientos no sólo tras el rescate del infortunado campesino y la aprehensión de los malhechores, sino también para evitar cualquiera entrega de dinero. Todo parece indicar que los secuestradores al ver frustradas sus pretensiones y considerando que Romero Castro los delatara a la postre, resolvieron darle muerte e inhumar el cadáver. Localizada la sepultura por unidades Militares, el señor Juez Promiscuo Municipal de Dolores asesorado del médico legista de la zona se desplazó a la vereda de 'Pichaos' el día cuatro de noviembre del mismo año de los acontecimientos y allí practicó el levantamiento de los despojos mortales ...".

(Folios 228 a 229, cuaderno principal 2).

Demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por los apoderados de los procesados Armando Serrato Vásquez y Jesús Elías

Chavarro Torres, ambos con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual los demandantes desarrollan los siguientes cargos:

1. Demanda presentada por el apoderado del procesado Armando Serrato Vásquez:

a) El Tribunal Superior de Ibagué al declarar parcialmente nulo lo actuado en el proceso en relación con los procesados Aquilino y Lisímaco Torres, dejó vigentes actuaciones afectadas por la declaración de nulidad, de modo que al no proceder a anularlas totalmente, como debió haberlo hecho, permitió el adelantamiento de un proceso viciado de nulidad:

"... la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del momento en que se declaró reos ausentes a varias personas, entre ellas a Lisímaco y Aquilino Torres, necesariamente tenía que afectar a *todos* los actos subsiguientes que dependían de tal acto, no sólo en cuanto se relacionaran con los dos ciudadanos aludidos, sino con el mismo proceso de juzgamiento que se llevaba a cabo contra otras personas. Prueba de ello es que el propio honorable Tribunal Superior de Ibagué consideró nula la sentencia proferida por el Consejo de Guerra Verbal, no sólo en cuanto afectaba a Lisímaco y Aquilino Torres, sino también en cuanto a las otras personas juzgadas. Y no se *confirmó* las penas adjudicadas, no obstante considerar el fallador que los veredictos se ajustaban a la evidencia del proceso ...".

"... Tal cosa ocurrió igualmente con el Juzgado Segundo Superior de El Espinal, que en su sentencia del 14 de febrero de 1977, manifestó también que la sentencia del Consejo de Guerra Verbal era nula, y procedió a fallar contra los procesados tasando la pena incluso, por encima de la fijada con anterioridad con la sentencia que se declaró nula ...".

"... De lo anterior se deduce lógicamente que si *toda* la actuación posterior, incluso la sentencia, era *nula,* al pretenderse que el juzgamiento adelantado contra quienes se consideró responsables, entre ellos mi poderdante Armando Serrato Vásquez, conservaba su validez, se *viola* lo dispuesto por los artículos 212 del Código de Procedimiento Penal, y 442 del Código de Justicia Penal Militar, y al no observarse las formas propias del juicio, se viola también flagrantemente el artículo 26 de la Constitución Nacional ...".

(Folios 11 a 12).

b) El cuestionario o cuestionarios que se someten a la consideración de los vocales en los Consejos de Guerra Verbales deben ser formulados por escrito por el correspondiente Presidente, lo que se incumplió en este proceso a causa de que los cuestionarios fueron elaborados por el Asesor Jurídico y no, en consecuencia, por el funcionario llamado por la ley a hacerlo:

"... Entonces, aquí estamos también en presencia de una *nulidad constitucional,* consistente en que los cuestionarios sometidos a consideración de los vocales en el Consejo de Guerra Verbal, no fueron formulados por el Presidente del Consejo, sino por su Asesor Jurídico, luego es necesario concluir que una de las formas propias del juicio no se cumplió violándose así lo ordenado por el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, y el artículo 26 de la Constitución Nacional ...".

(Folio 12).

c) El procesado Serrato Vásquez, a pesar de ser menor de dieciocho (18) años, fue condenado sin que se le hubiese designado un curador *ad litem* para su comparecencia al juicio y sin que contara, además, con una adecuada defensa:

"... por tratarse como está probado en autos de que Armando Serrato Vásquez es un menor de dieciocho (18) años, (folios 111 y 112 del cuaderno número 1), ha debido concurrir a juicio asistido no sólo por su apoderado o defensor, sino también por un curador *ad litem* ...".

"... El acta del Consejo de Guerra Verbal en su folio 173 nos dice que el acusado Armando Serrato Vásquez designó personalmente como su 'defensor' al doctor César Ovidio Arciniegas, quien como se lee más adelante, solicitó se le relevara de tal defensa por encontrar que existían intereses encontrados con otro de sus defendidos. Se procedió entonces a designarle esta vez como 'apoderado' al señor Teniente Coronel Luis Enrique Rodríguez Domínguez, con quien se surtió el resto de la audiencia ...".

"... Dejando de lado la confusión de términos de 'defensor' y 'apoderado' en que se incurre en el acta, usándolos indistintamente en el sumario o en el juicio, vale anotar que en parte alguna aparece que en la designación de apoderado y posteriormente de defensor se hubiere dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 386 del Código de Justicia Penal Militar ...".

"... La designación de apoderado ha debido hacerla el representante legal del menor Armando Serrato Vásquez, y a falta de este un curador designado por el juez, y sólo cuando uno u otro se hubiesen abstenido de hacer tal designación

era procedente el nombramiento de apoderado o defensor de oficio, por parte del juez. Pero, en todos los casos, la comparecencia en juicio ha debido hacerse con la presencia de un curador, que bien hubiese podido ser el mismo oficial designado por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal ...".

"... Al no haberse hecho tal designación, nos encontramos con una flagrante violación al derecho de defensa, lo cual genera una *nulidad* sustancial, no sólo porque no se dio cumplimiento a lo ordenado por el artículo 386 del Código de Justicia Penal Militar, sino especialmente porque en esta forma fueron violados derechos y prerrogativas especiales consagrados por la ley en beneficio del procesado ...".

(Folio 13).

2. Demanda presentada por el apoderado del procesado José Elías Chavarro Torres:

a) Los cuestionarios no fueron redactados por el Presidente del Consejo Verbal, sino por su Asesor Jurídico, aparte de que no fueron insertados textualmente en el acta de la audiencia:

"... en el acta de la diligencia de audiencia pública del Consejo Verbal de Guerra quedó constancia que los cuestionarios no fueron redactados por la Presidencia del Consejo, sino por su Asesor Jurídico ...".

"... Esta irregularidad procesal, violatoria del artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, encarna *nulidad constitucional,* pues se quebrantó la forma propia de este juicio, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 26 de la Carta Política ...".

"... En efecto. El artículo mencionado prescribe que '... terminada la etapa investigativa, *el Presidente del Consejo de Guerra,* con la colaboración del asesor jurídico, formulará por escrito, y entregará a cada uno de los vocales, el cuestionario o cuestionarios que se someten a su decisión ...".

(Folio 22).

"... ... ...

"... De otra parte, los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales no fueron insertados en el acta de la diligencia de audiencia pública y por tanto no puede afirmarse con validez que la irregularidad anotada ha sido convalidada por la firma del Presidente de este acto procesal, o mejor, del acta que lo recogió ...".

"... En sentencia de 16 de mayo de 1976, en caso parificable al que se examina, la Sala Penal de la Corte, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Julio Salgado Vásquez, precisó: 'El debido proceso ha sufrido en el caso de autos evidente desmedro y por tal razón se está en presencia de una nulidad constitucional consistente en que los cuestionarios sometidos a la consideración del Consejo de Guerra Verbal carecen de las firmas que debieron autenticarlos, como demostración de que fueron elaborados por los funcionarios que determina el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, *y en su defecto, tampoco fueron insertados textualmente en el acta de la audiencia sobre el juzgamiento, de lo cual hay que concluir que una de las formas propias del juicio no se cumplió ...* " (destacamos).

(Folio 23).

b) Con apoyo en uno de los hechos ya indicados en el cargo anterior, existe igualmente la nulidad procesal señalada en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por incompetencia del juez:

"... Se ha dejado dicho que el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar adscrito competencia para la redacción de los cuestionarios al Presidente del Consejo y que en el caso que se examina, de conformidad con la lectura del acta ellos lo fueron por el Asesor Jurídico...".

"... De lo anterior se colige, incuestionablemente, que este funcionario carecía de competencia para proferir tan importante pieza procesal, que, como se anota por la Sala Penal, constituye el pliego de cargos, equiparable al auto de proceder en los juicios que se tramitan ante la justicia ordinaria ...".

"... Los cuestionarios, pues, no pueden ser redactados por cualesquiera funcionarios que intervienen en el Consejo de Guerra Verbal, por mandato expreso del citado artículo 576, y si lo son, como en este caso lo fueron, se estructura causal de nulidad legal con base y fundamento en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal Ordinario, ya que esta competencia es indelegable por parte del juez de instancia ...".

(folio 24)).

c) El escrutinio se encuentra firmado y de tal modo autenticado por el Presidente, el Asesor Jurídico y el Secretario del Consejo, lo que no ocurre respecto de los cuestionarios correspondientes:

"... La Corte ha dicho, en providencias que son muchedumbre, que esta informalidad encar-

na vicio del proceso, con menoscabo del derecho de defensa, por violación de las formas propias del juicio y que el cuestionario es la base del juzgamiento en los Consejos de Guerra Verbales, acto bien distinto al del escrutinio. Por ello, no puede afirmarse que las firmas estampadas en este segundo momento convaliden la ausencia de ellas en el texto del cuestionario ...".

(Folio 25).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones de los demandantes fundado en las siguientes razones, como consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué:

a) En cuanto al cargo de haber sido redactados los cuestionarios por el Asesor Jurídico del Presidente del Consejo y no por éste, porque quienes presiden los Consejos de Guerra no son abogados, de suerte que, como lo dispone el artículo 371 del Código de Justicia Penal Militar, son los asesores jurídicos quienes tienen el encargo de elaborar los cuestionarios:

"... (además), conforme al artículo 576 del estatuto citado, el Presidente fue quien en definitiva formuló los cuestionarios, pues los autorizó con su firma, según se puede establecer en la revisión de esas piezas procesales con las que se inicia el segundo cuaderno ...".

(Folios 35 a 36).

b) En cuanto al cargo de haberse omitido en los cuestionarios la firma del Presidente, del Asesor Jurídico y del Secretario del Consejo de Guerra, porque el planteamiento desconoce la realidad procesal:

"... todos los cuestionarios aparecen suscritos por el Teniente Coronel Alonso Florián Cortés, el Capitán Jaime Quintero Arias y el Sargento Primero Benjamín Hurtado Bonilla, como Presidente, Asesor Jurídico y Secretario, respectivamente, del Consejo de Guerra Verbal convocado en este proceso ...".

(Folio 36).

c) En cuanto al cargo de no haber sido insertados textualmente los cuestionarios en el acta de la audiencia, porque la ley sólo exige que se agregue copia de ellos al proceso, como aquí ocurrió:

"... Como ya se dijo a propósito de otras normas del estatuto penal castrense, también ésta tuvo correcta aplicación en el Consejo de Guerra Verbal que se adelantó contra los acusados Armando Serrato y Jesús Elías Chavarro, como puede establecerse a folios 173 a 187 del segundo cuaderno ...".

"... Las disposiciones citadas en esta Vista Fiscal no exigen la transcripción o inserción en el acta de los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales, sino agregar copia de ellos al proceso, como aquí ocurrió ...".

(Folios 37 a 38).

d) En cuanto al cargo de haberse omitido designar curador *ad litem* al procesado Armando Serrato, porque tal hecho no constituye causal alguna de nulidad:

"... La comisión que preparó el actual Código de Procedimiento Penal —Decreto 409 de 1971—, consideró innecesario el nombramiento de curador porque su intervención en el proceso era completamente inane. Más claro: el curador era un convidado de piedra porque se limitaba a presenciar las diligencias sin poder intervenir en ellas ...".

"... Aún en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1938 no fue unánime la jurisprudencia de la Corte de declarar la nulidad cuando se omitía la designación del curador ...".

(Folio 38).

"... ... ...

"... el cargo carece de fundamento jurídico, pues no se afectó el derecho de defensa al omitir la designación de curador *ad litem* a Armando Serrato, a más de que se desconoce el hecho de que la mayor edad penal se inicia a los dieciséis años (artículo 35 del Código de Procedimiento Penal) ...".

(Folio 40).

e) En cuanto al cargo de haberse decretado la nulidad del proceso sólo parcialmente, porque la nulidad no puede ir más allá de las actuaciones viciadas:

"... el Tribunal Superior de Ibagué anuló la actuación cumplida en cuanto a los acusados Aquilino y Lisímaco Torres a partir de la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, porque se les declaró reos ausentes antes de transcurrir el lapso de ocho días en que debían presentarse al funcionario de instrucción ...".

"... Es obvio que este motivo de nulidad en nada afectó la situación jurídica de Armando Serrato, porque se encontraba privado de la libertad y en esa condición concurrió a la audiencia de juzgamiento asesorado por su defensor ...".

(Folio 47).

Considerando

I. Como las demandas presentadas a nombre de los procesados Serrato Vásquez y Chavarro Torres se fundan en la misma causal y contienen algunos cargos comunes, la Sala se referirá en conjunto a los contenidos en uno y otro libelo:

1. El cargo que se hace consistir en que el Tribunal de Ibagué permitió adelantar el proceso estando este viciado de nulidad, a causa de haber declarado sólo parcialmente anulado lo actuado, sin extender la nulidad a la totalidad del proceso a partir del acto nulo, es ataque que no corresponde al tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia han dado, tradicionalmente, al saneamiento de las nulidades.

No es cierto, en efecto, que la anulación de una diligencia o de una actuación procesal no pueda circunscribirse, como lo ha hecho el Tribunal de Ibagué, a la parte o partes viciadas de la respectiva diligencia o actuación, en primer término, porque la nulidad sólo puede predicarse de lo que está viciado y no de las partes o aspectos que no adolecen de vicio alguno ni dependen del acto anulado y en segundo lugar, también, porque la causal de nulidad declarada por el Tribunal en este asunto se produjo como consecuencia de haber sido declarados reos ausentes los procesados Aquilino y Lisímaco Torres antes de vencido el término legal señalado para hacerlo, situación personal de los procesados contumaces que, como es obvio, en nada afectaba la vinculación al proceso de los demás acusados y que no podía extenderse a quienes, como Armando Serrato, se encontraba privado de la libertad y fue oportuna y debidamente vinculado al proceso hasta su culminación con la audiencia de juzgamiento y la sentencia.

No prospera, pues, el cargo.

2. El ataque conforme al cual existe nulidad por haber sido elaborados los cuestionarios correspondientes por el Asesor Jurídico del Presidente del Consejo Verbal de Guerra y no por éste, como lo dispone la ley, resulta acusación más aparente que real, pues, como ya lo ha advertido el señor Procurador Delegado, es a los abogados que desempeñan el cargo de Asesores Jurídicos y no a los militares que presiden los Consejos a quienes compete obviamente la elaboración de los respectivos cuestionarios, que son asunto de naturaleza jurídica y no castrense, de modo que la intervención de los Presidentes de los Consejos Verbales se circunscribe a manifestar su conformidad con los que elaboran aquellos, lo que deben hacer con su firma en los mismos escritos o por cualquier otro medio de reconocimiento explícito, pero no les obliga a redactar su contenido ni a elaborarlos personalmente.

Tampoco prospera, pues el cargo.

3. *La impugnación, que pretende apoyarse en un supuesto quebrantamiento del derecho de defensa, porque el procesado menor de dieciocho (18) años, fue condenado sin que se le hubiera designado un curador* ad litem *para su juzgamiento, se funda en un evidente desconocimiento de dos factores legales fundamentales, a saber: el primero, que en la legislación vigente la edad penal no comienza, como antes, a los dieciocho, sino a los dieciséis años; y el segundo, que el Código de Procedimiento Penal actual no contempla ya, como el de 1938, la institución del curador* ad litem, *tan propia del Derecho Civil como inadecuada e inútil al Derecho Criminal.*

Tampoco prospera, pues, el cargo.

4. La acusación que se funda en la consideración de que los cuestionarios no fueron insertados en el acta de la diligencia de audiencia, no corresponde, tampoco, a causal alguna de nulidad, ni en parte alguna la ley exige que aquellos deban transcribirse o insertarse textualmente en el acta de la audiencia, limitándose el artículo 580 del Código de Justicia Penal Militar a disponer que una vez elaborados, "serán leídos y se agregará copia de ellos al proceso", como se hizo en éste.

No prospera, tampoco, el cargo.

II. Por lo demás, como inveteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, las causales de nulidad en los procesos penales están taxativamente indicadas en la ley, de modo que no puede acudirse a otra u otras diferentes, ni aplicarse las legales, por analogía, a eventos semejantes, ni invocarse las llamadas de estirpe constitucional o supralegal si no se trata de violaciones más graves y trascendentales que las de carácter puramente legal, esto es, cuando se produce el quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos que el artículo 26 de la Constitución Nacional prescribe para el juzgamiento de

las personas, referentes a que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el Tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y mediante la aplicación de las leyes permisivas y favorables, aun cuando éstas sólo lleguen a promulgarse con posterioridad a la fecha de la ocurrencia del hecho delictuoso, nulidades, que, en suma, atacan "las bases mismas de la organización judicial" (sentencia de 11 de febrero de 1948), vale decir, que "desfiguran el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento o desconocen garantías esenciales de las partes" (sentencia, 8 de mayo de 1970, CXXXIV, 295), eventos ninguno de los cuales se presenta en el proceso a que se contrae la sentencia objeto de la impugnación ante la Corte.

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, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Se debe alegar por la Causal 4ª y no por la 1ª

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75.

Bogotá, D. E., octubre 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 15 de noviembre del año pasado, que confirmó, sin modificaciones, la de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Superior de la misma ciudad, interpuso recurso de casación el defensor del procesado Silvano Santana Peña, que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte.

El defensor del procesado presentó también oportunamente, la correspondiente demanda de casación, formalmente ajustada a las exigencias legales.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso fueron resumidos en la providencia de 25 de julio de 1977, proferida por el Juzgado Séptimo Superior de esta ciudad, en los siguientes términos que la Corte estima ajustados a las pruebas del proceso:

"... Ocurrieron (los hechos) en el Municipio de Fontibón dentro de este Distrito Judicial, cuando el 17 de octubre de 1972, el señor Reyes Vargas Vargas tomó en arrendamiento un lote de terreno situado en la carrera 86 del barrio 'Santa Cecilia' al sindicado Silvano Santana Peña, por el lapso de cinco años, habiendo recibido de manos de Vargas Vargas la suma de cinco mil pesos y tomó posesión del inmueble luego de firmado el respectivo documento. Pero aconteció que quien apareció cediendo en arrendamiento dicho lote y firmando el documento fue el señor 'Manuel Salazar' con cédula de ciudadanía número 2347382 de Montenegro (Caldas) y no Santana Peña. Posteriormente al denunciante, por medio de las autoridades de Policía, se le impidió seguir haciendo ejercicio del derecho que creyó haber adquirido ...".

(Folio 210, cuaderno principal).

Demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en la Corte por el defensor del procesado Silvano Santana Peña, con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia impugnada violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, causal al amparo de la cual el demandante desarrolla el siguiente cargo:

"... la censura se circunscribe a demostrar que el sentenciador *ad quem,* en el fallo materia de la impugnación extraordinaria, admitiéndose como se admiten los alcances fácticos establecidos en el proceso, no acertó en el modelo legal de la ilicitud reprochada penalmente a Silvano Santana Peña, sino que la equivocó rotundamente al darle el *nomen iuris* de falsedad, encontrándose frente a la estructuración de un delito contra el patrimonio económico, es decir, de la *estafa* ...".

"... Los teorizantes y la propia jurisprudencia enseñan que para la formación del delito de falsedad documentaria, es indispensable que la persona interviniente en el instrumento público o privado, en donde se mutó la verdad, sea 'real' y no simplemente supuesta, evento que ocurre en

el caso de estudio en donde se dice al folio 213 del cuaderno principal que se ignora si 'Manuel Salazar' pertenece o no al mundo de los vivos, y por lo tanto, es el caso de tenerlo procesalmente como 'imaginario' ...".

"... El honorable Tribunal Superior de Bogotá al folio 15 del cuaderno número 3 en una de las consideraciones del fallo afirma que el incriminado Silvano Santana Peña, incurrió en el tipo legal descrito en el artículo 240 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2º y 4º del artículo 231 ibídem, o sea, por cuanto falseó la verdad al 'hacer aparecer como arrendador a una persona que sólo podía existir en la mente del autor de tal firma', motivaciones que apoyan la censura que se formula en esta demanda, pues no hay evidencia de la existencia *física* de 'Manuel Salazar' ...".

"... Como es bien sabido el legislador nuestro en el capítulo de la falsedad, siguió muy de cerca a la legislación penal española, apartándose de la italiana que influye en el resto del articulado de los esquemas legales ...".

"... Dentro de este orden de ideas y siguiendo al tratadista nacional ya desaparecido Angel Martín Vásquez Abad, que durante un largo tiempo ocupó con brillantez un sillón en nuestro más alto Tribunal, decía lo siguiente tomado de la obra 'Doctrina Penal del Tribunal Supremo' del jurista español Manuel Rodríguez Navarro: ...".

"... Cuando consta que el culpable supuso los nombres del librador, endosante y pagador de una letra de cambio, como tales nombres eran de personas imaginarias, y el número segundo de este artículo se refiere a persona que *existe* y cuya intervención en el acto se supone inexactamente, es visto que tales engañosos artificios, y el logro con ello de la defraudación, constituye tan sólo un delito de estafa ...".

(Folios 7 a 8).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante fundado en las siguientes razones, como consecuencia de las cuales pide a la Corte que deseche el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá:

"... En relación con el planteamiento del cargo, se advierte en primer término, que corresponde con mayor exactitud a nulidad por error en la calificación, toda vez que en esencia, la acusación se resume en que no se cometió la infracción afirmada por el fallador y a la cual se refirió el enjuiciamiento, sino otra diferente, que se precisa, esto es, que no existió falsedad sino estafa ...".

"... Tal planteamiento que se considera errado, sería suficiente para desestimar el cargo, toda vez que la formulación de la acusación debe ser exacta, sin que puedan presentarse con relación a una causal, razonamientos o alegaciones que corresponden a otra diferente, dado que cada una de las expresadas causales tiene su ámbito propio; lo cual resulta aún más claro, si se considera que de prosperar el cargo en este caso, por la causal primera, no se podría adoptar solución, toda vez que la honorable Corte no podría entrar a dictar sentencia, pues habría cambiado la infracción, sin que procediera tampoco la absolución, pues resulta demostrada y lo admite el mismo recurrente, la existencia de infracción; acusación que sí tendría cabida a través de la causal cuarta, en la cual previa invalidación de lo actuado, podría reponerse el procedimiento ...".

"... Pero con prescindencia de dicha falla, que como se dijo, por sí sola sería suficiente para desechar la alegación, se considera que no tiene cabida la argumentación propuesta ...".

"... Aunque en el caso examinado se causó una lesión patrimonial, se estima que no se limitó a esto la conducta del acusado, pues mediante el documento en el cual se hizo intervenir a persona supuesta como es la expresada, se varió la verdad y la relación jurídica correspondiente, ya que no aparece quien verdaderamente contrataba, lo cual tuvo lugar en escrito destinado a servir de prueba y con base en el cual se perfeccionó el respectivo contrato; así, al hacer aparecer a persona supuesta y no a quien realmente había contratado y faltar a la verdad en cuanto a los hechos de tal contrato, como expresa la norma, se incurrió en la falsedad, en la cual se comprende el perjuicio ocasionado al denunciante, como uno de sus elementos y de conformidad con el precepto pertinente (artículo 240 del Código Penal)...".

"... No es admisible, en concepto de este Despacho, tener en cuenta únicamente la lesión patrimonial, para afirmar que solamente se produjo estafa, con engaño mediante el escrito y falsas afirmaciones del procesado; pues en esta forma se reduciría el efecto del documento, al de una simple argucia o artificio empleado para

el delito, con desconocimiento del valor que el escrito referido tiene en las relaciones sociales como prueba de las obligaciones y que es el bien jurídico que la ley tutela a través de la norma correspondiente ...".

"... Además, debe tenerse en cuenta que en el mismo intervinieron personales existentes, como fueron el denunciante y su compañera, para hacer constar una relación jurídica, que entendieron real, cual era el arrendamiento y en virtud de la misma, dieron por recibido el terreno al cual se refería el pacto e iniciaron obra en el mismo; que en forma ilícita y con fines dolosos, el procesado cambiara el nombre en el contrato y así lo suscribiera, sin que lo advirtiera el demandante, no hace desaparecer la calidad de documento del escrito, ni reduce a estafa la alteración de la verdad cometida mediante este documento ...".

(Folios 18 a 20).

Considerando

Como ya lo ha advertido el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, no ha estado acertado el recurrente al invocar como fundamento de la impugnación la causal 1ª de casación, si, como lo hace, desarrolla el cargo bajo el supuesto de que los jueces de instancia incurrieron en error en la denominación jurídica de la infracción, que a juicio del casacionista constituye estafa y no falsedad, porque este motivo está señalado en la causal 4ª, que produce efectos totalmente diferentes y que resulta, por tanto, desacierto que impide a la Corte tomar decisión alguna, aún de estimar fundado el cargo.

De conformidad con el artículo 581 del Código de Procedimiento Penal, no puede la Corte, en efecto, tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes, de manera que circunscribiendo el recurrente los motivos de impugnación a la causal 1ª invocada, no puede la Sala de casación resolver sobre la causal 4ª, en que ha debido fundarse el recurso.

El error en la denominación jurídica dada a los hechos materia del proceso constituye violación que está específicamente indicada en el ordinal 5º del artículo 210 ibídem como causal de nulidad y que se halla consagrada, por consiguiente, como motivo de casación en el ordinal 4º del artículo 580, luego, cuando se presenta esta nulidad, es a la causal 4ª y no a la 1ª a la que debe acudirse en sede de casación, entre otras razones, porque estando circunscrita la Corte al estudio de la primera, de aceptarse esta causal, la Corte tendría que casar el fallo recurrido y dictar la sentencia que debe reemplazarlo (ordinal 1º del artículo 583), lo que no podría hacer por constituir la invocada violación directa de la ley un claro motivo de nulidad del proceso, que tendría que declarar; ni podría, tampoco, proceder como lo dispone el ordinal 3º del artículo 583, declarando la nulidad advertida, porque no fue ésta, sino la 1ª, la causal invocada.

Las anteriores breves consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá a que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXTRADICION

Requisitos para concederla

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75 de octubre 10 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 11 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Gobierno de Chile, valiéndose de la Embajada que tiene acreditada en nuestro país (nota verbal número 1240/213 de septiembre 8 de 1977) y del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, solicita la extradición del señor Enrique Dobry Bergrum.

El Ministerio de Economía, Dirección de Industria y Comercio, inició sumario administrativo en contra del señor Armando Fuenzalida Bunster (ex Inspector General 3ª categoría de la planta directiva profesional y técnica), por medio de un fiscal instructor, el 14 de diciembre de 1973, mediante Resolución número 2363. Posteriormente se extendió la averiguación al señor Enrique Dobry Bergrum (ex Jefe de Abastecimiento). Esta averiguación dio origen a una de carácter penal, por malversación de fondos, aspecto este último que es el que ha motivado la petición de extradición a la cual se contrae este concepto.

De la averiguación administrativa se deduce que el exsecretario general Armando Fuenzalida, exigió "a los funcionarios contratados en el Decreto 155, de 1º de marzo de 1972, que a continuación se indican, devolución de dineros por haber éstos asumido sus funciones con posterioridad a esa fecha, y haber percibido directamente esos dineros, en vez de ordenar o solicitar los descuentos por intermedio de la Oficina de Presupuesto: Armando Abarzúa, Patricia Ojeda, Jorge Arturo Celis, Doris Meza, Fernando Delaire, Migue Mac Conell, Jaime Lillo, Ximena Pradel, Natalia Horzabal, Luis Gerardo Reinaga, Ximena Gómez, Selva Poblete, Joaquín Cáceres, Gilberto Navarro, Dominga Díaz, Edith Fernández, Federico Muñoz, Luis Becerra y Rubén Brunet"; y Enrique Dobry, cooperó con Fuenzalida "en exigir los descuentos por tiempo no trabajado respecto de los siguientes funcionarios: Luis Gerardo Reinaga, Selva Poblete, Gilberto Navarro y Dominga Díaz, con conocimiento y concierto con Fuenzalida que esos dineros no se reintegrarían a la Tesorería Fiscal".

Conviene advertir que las sumas devueltas por esos empleados, se consumieron luego en necesidades y apremios de la propia dependencia (decisión de marzo 25 de 1974).

La suma total que se dice exigió el señor Enrique Dobry Bergrum, por orden de su superior Armando Fuenzalida, a sus subalternos Luis Gerardo Reinaga Peralta, Selva Sabina Poblete Pérez, Gilberto Navarro y Dominga Díaz Saavedra, pudo ascender a unos E$ 10.400.

La justicia ordinaria del crimen, por auto de 2 de mayo de 1974, ordenó instruir sumario contra Fuenzalida y Dobry, citar a primera audiencia a los declarantes, comprobar la posibilidad del reintegro y tener por incorporados algunos documentos. Posteriormente, en diligencia de 22 de marzo de 1975, se dijo: "Dése orden de aprehensión en contra de Armando Fuenzalida Bunster y Enrique Dobry Bergrum", quienes estaban asilados en las Embajadas de Francia y Colombia, respectivamente, y a los cuales se les dio tratamiento de refugiados políticos, lográndose los salvoconductos correspondientes.

Luego la Suprema Corte de Justicia de Chile, en proveído de 15 de noviembre de 1976, declaró que era procedente solicitar la extradición tanto de Fuenzalida como de Dobry, por el delito de malversación de caudales públicos (artículo 233 del Código Penal Chileno, que conmina una pena de presidio menor en su grado medio, para esta clase de infracciones).

De lo aportado a estos autos se deduce lo siguiente:

1. Que no ha sido posible comprobar la existencia de Enrique Dobry Bergrum, en territorio nacional. Todo parece indicar que su permanencia en el país, a donde llegara como asilado político, fue transitoria.

2. *El sistema legal que rige la extradición entre las Repúblicas de Colombia y Chile (Tratado de extradición firmado en Bogotá el 16 de noviembre de 1914, aprobado por Ley 8ª de 1928, canjeadas las ratificaciones en Bogotá el 4 de agosto de 1928, promulgado por Decreto 1490 de 1928 y depositado en la Sociedad de las Naciones el 19 de diciembre de 1928, bajo el número 1875; y, la convención sobre extradición firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, aprobada por Ley 74 de 1935 y depositada la ratificación el 22 de julio de 1936), preceptúa, en los aspectos de interés para esta decisión:*

a) La entrega mutua de individuos "acusados o condenados en uno de los dos países como autores o cómplices de alguno o algunos de los delitos" mencionados en el Tratado;

b) La pena debe ser corporal, no menor a un año de prisión o reclusión;

c) No procede la extradición por delitos políticos;

d) No es obligatoria la extradición de los propios nacionales;

e) Tampoco procede la extradición cuando según "las leyes del país requerido, la pena o la acción penal se encontrare prescrita";

f) "Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, esta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido" (Montevideo, artículo 2);

g) No hay lugar a la extradición cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona de Jefe de Estado o de sus familiares (Montevideo, artículo 3-e);

h) La apreciación del carácter de las excepciones a que se refiere el artículo anterior corresponde exclusivamente al Estado requerido (Montevideo, artículo 4º);

i) "Cuando el individuo es solamente un acusado (se acompañará), una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado; una copia de las leyes penales aplicables a ésta, así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena" (Montevideo, artículo 5-b);

3. *Conforme a estas normas, se tiene:*

a) Los hechos tuvieron ocurrencia en el mes de junio de 1972. Esto indica, conforme a la legislación colombiana aplicable al caso sub examine, *que la acción penal pertinente está prescrita (artículos 105, 106, 107 y 150 del Código Penal; y, en la más adversa y severa de las aplicaciones, Decreto 1858, 51, artículo 3, primera hipótesis de pena);*

b) Los convenios suscritos por Colombia, ya mencionados en sus aspectos pertinentes, se refieren a la condición de acusados o condenados. La primera posibilidad debe entenderse, conforme lo señala el artículo 741, aparte primero, del Código de Procedimiento Penal Colombiano, como que la orden de apresamiento corresponda a un auto de proceder o su equivalente. Pues bien, lo que a este respecto existe en la documentación que se estudia, está muy lejano de cumplir con este requisito. En el sumario adelantado a Dobry Bergrum, simplemente se libró una orden de apresamiento, pero sin que esta decisión correspondiera a un auto como el que se menciona. No puede aceptarse como tal una simple orden de captura, con efecto indeterminado y que no corresponde a una resolución que contenga exposición de hechos, análisis de pruebas incriminatorias y formulación, así sea provisional, de un cargo;

c) La documentación relacionada con identificación y antecedentes de Enrique Dobry Bergrum —folio 137—, indica que éste es hijo de Germán y Gertrudis, nacido el 2 de diciembre de 1935, en Colombia, en la provincia de Caldas, pueblo de Manizales. En estas condiciones, no es posible acceder al pedido de extradición, pues el artículo 9º, inciso final del Código Penal Colombiano, señala que "no se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales". Esta circunstancia, como se dejó vista, queda reservada a la legislación de los es-

tados requeridos, y, en este aspecto, nuestra legislación es terminante en establecer la prohibición;

d) Finalmente, extraña que comportamiento de tan menguada significación penal, como el atribuido a Dobry Bergrum, haya merecido una solicitud de extradición, tratamiento este destinado a delincuentes comunes que revelan atendible peligrosidad para la comunidad, frente a las cuales nadie debe permanecer pasivo y todos deben contribuir para evitar los efectos nocivos de un desplazamiento territorial. Cuando se observa la clase de conducta imputada a Dobry Bergrum, que debió confinar su alcance a un procedimiento administrativo disciplinario, se tiene que entender que la petición de extradición tiene motivo diferente a la razón de ser de este instituto y que ahora, simplemente, se trata de acción que desvirtúa el asilo político que nuestro país otorgó.

Estas razones, a cuál de todas más poderosa e influyente, llevan a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del señor Enrique Dobry Bergrum, solicitada por el Gobierno de Chile.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO

Todo funcionario que en ejercicio de sus funciones deba elaborar un escrito que implique un ejercicio de éstas, lo dota de calidad de documento público

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 78.

Bogotá, D. E., octubre 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja el cuatro de noviembre de 1977, por la cual se confirmó en todas sus partes la que dictó el Juez Quinto Superior de esa ciudad el 19 de septiembre del año anterior y en que se condenó a Marcos Parada Guerra a la pena de treinta y ocho (38) meses de presidio por los delitos de peculado y falsedad cometidos en enero de 1976, cuando desempeñaba el cargo de Secretario en el Juzgado Promiscuo de Ciénega (Boyacá), interpuso oportunamente el defensor del procesado recurso extraordinario de casación.

Hechos y actuación procesal

El 11 de enero del año que se deja citado en último término el Comandante del Puesto de Policía de Ciénega entregó al Juzgado Promiscuo de ese municipio, por medio de oficio número 003 de esa fecha, un revólver marca Smith & Wesson, distinguido con el número 887474, que hacía parte de un sumario por el delito de homicidio que se venía adelantando contra José Mateo Arias Santos y que recibió el juez, quien se lo pasó a su secretario, Marcos Parada Guerra para que lo guardara.

El oficio en mención estaba firmado por Calixto Triana Molina, agente de policía encargado de la Comandancia del Puesto.

Posteriormente, el Juzgado Promiscuo Municipal aludido, entregó el proceso y el arma al Juez Diecisiete de Instrucción Criminal y éste lo pasó al Juzgado Tercero Superior de Tunja.

En este último juzgado se observó que el revólver entregado a dicho despacho no era el que mencionaba el oficio del puesto de Policía de Ciénega, sino otro, también de marca Smith & Wesson, pero de calibre 38 corto y con el número 55222. Además, se constató que el oficio en mención había sido alterado para colocar, en vez del número original del arma, o sea el 887474 el número 55222.

Se reclamó entonces al Juzgado de Ciénega y el Secretario, Parada Guerra, envió el arma correspondiente explicando que, por casualidad, había caído, del sitio en que la había puesto, a una caja y que allí la había encontrado y la entregaba entonces.

Abierta la investigación se oyó en injurada a Parada Guerra, quien repitió lo que ya tenía dicho y que se deja atrás consignado.

Así mismo se decretó, por el Juzgado 18 de Instrucción Criminal, encargado de adelantarla, una diligencia de inspección ocular. En el auto que dispuso practicarla se omitió la mención del día y la fecha en que debía llevarse a cabo. En el curso de ella el juzgado hizo observaciones sobre la alteración en el número y el calibre del revólver enviado por el puesto de Comandancia de Policía de Ciénega, anotando que debajo del número 55222 se alcanzaban a notar los guarismos 8, 7 y 4 y que igualmente se encontraba borronado el espacio en que se había escrito posteriormente la palabra "corto". No se ordenó prueba

grafológica por peritos para examinar tales anomalías.

A petición del apoderado del procesado se practicó otra diligencia de inspección judicial, esta vez para determinar si las alteraciones de que trata la que se deja mencionada habían sido hechas en la máquina de escribir del Comando de Policía o en las del juzgado. Llevado a cabo dicho examen, se llegó a conclusiones negativas.

Perfeccionada la investigación, el juzgado la calificó por auto de 16 de marzo de 1977, por medio de la cual llamó a Marcos Parada Guerra a responder en juicio por los delitos de falsedad en documentos y peculado consistente el primero en la alteración del oficio tantas veces mencionado y el segundo en la apropiación del revólver perteneciente al sumario contra Arias Santos.

Ejecutoriada esta providencia, se practicaron, durante el plenario de la causa varias pruebas pedidas por el defensor y, cerrada esta etapa del proceso se llevó a cabo la audiencia y se dictó, el 19 de septiembre del año pasado, sentencia condenatoria por la cual se impuso a Parada Guerra la pena principal de treinta y ocho meses de presidio como responsable por los dos ilícitos que se dejan mencionados. Dicha providencia, como se deja expresado, fue confirmada, en todas sus partes por la que es materia del presente recurso.

En ambas providencias se hace hincapié en el hecho de haber entregado Parada Guerra el revólver con la excusa de que éste no había sido enviado oportunamente por haberse caído del sitio en que se le había puesto, lo cual no explica el hecho de que se hubiera alterado en el oficio el número correspondiente al revólver para consignar el del arma por el cual se lo cambió y que era de inferior calidad al primero, sin que fuera dable pensar que esa alteración se hubiera hecho en los otros juzgados donde estuvo el expediente, a saber, el de Instrucción Criminal y el Superior a los cuales llegó el revólver que no correspondía al proceso y en que ningún interés había, por lo tanto, en hacer esa enmendadura.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Invoca el actor, en forma exclusiva, la primera causal de casación y en ella formula, aunque sin invocar, en forma concreta los dos cuerpos de que se compone el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, varios cargos, tanto por violación indirecta como por directa infracción de la ley sustancial penal. Se resumen a continuación, seguidos por la correspondiente respuesta del Ministerio Público.

Primer cargo. Sostiene el demandante que no puede calificarse de documento público el oficio por medio del cual el Comandante del Puesto de Policía de Ciénega remitió al Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad el revólver tantas veces mencionado. Agrega que aunque se le considerara como tal, no podría decirse que su poderdante infringió el artículo 231 del Código Penal, sino, a lo sumo, el 233 del mismo ordenamiento.

También acusa a la sentencia de haberlo condenado por el delito de peculado, siendo así que el secretario de un juzgado no es quien responde por los objetos depositados en el mismo sino el juez.

Fundamenta su primera aseveración en que ese escrito, según afirma, fue elaborado sin las formalidades legales y que se trata de una simple nota remisoria. Agrega que no se ha demostrado la autenticidad del mismo, pues no se sabe si el firmante, Calixto Triana, fuera, en verdad, el Comandante del Puesto de Policía, ni que la firma colocada al final del oficio hubiera sido escrita por él, ya que ni siquiera se le llamó a declarar sobre el particular.

No aduce, en cambio, ningún argumento en favor de su siguiente afirmación, o sea la de que no debió aplicarse al artículo 231 del Código Penal sino el 233 ibídem.

Y en cuanto a la última, asevera que no está demostrado haber sido Parada Guerra quien recibiera el revólver e insiste, en cita de la Corte, en que aun así, no tenía por qué responder por él y así, de haber ejecutado el hecho que se le imputa, no habría cometido peculado sino otro delito.

A lo anterior replica el Procurador Tercero Delegado Penal que la comunicación a que se refiere el censor es un verdadero documento público, porque fue expedido por un funcionario o empleado en ejercicio de sus funciones para acreditar una determinada situación jurídica como era la entrega del arma.

Agrega que, en tal carácter, debe presumirse la autenticidad, la cual no fue desconocida por el actor a través del proceso, sino sólo en la demanda de casación.

Respecto a la pretendida inexistencia del delito de peculado, la Procuraduría hace ver, con cita de doctrina reciente de esta Sala, que la responsabilidad de los bienes que se custodian en una

oficina pública, si bien desde el punto de vista fiscal corresponde al jefe de la misma, compete también a todos los que forman parte de ella quienes son responsables por la suerte de esos bienes.

Segundo cargo. Lo hace consistir el actor en que se le dio a la primera diligencia de inspección judicial un valor probatorio de que carece pues, a su juicio, el haberse omitido, en el auto que la decretó, mencionar el día y la hora en que debía llevarse a cabo, invalidó esa diligencia a tenor de lo dispuesto por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Censura que no se hubiera notificado a su defendido dicho auto, siendo así que se encontraba preso.

Critica que el juez se hubiera convertido en perito para hacer observaciones sobre la borradura de los números correspondientes al revólver enviado por la policía y al calibre del mismo y dijo que eso debió examinarse por grafólogos, cuyo dictamen tenía que ser puesto en conocimiento del procesado.

Señala también que no se demostró que su defendido hubiera utilizado ninguna de las máquinas del juzgado para hacer la alteración del oficio remisorio y concluye diciendo que, puesto que aquél no tenía máquina de su propiedad para llevarla a cabo, forzosamente tuvo que ser otra persona la que la hizo.

Concluye diciendo que se le condenó sin pruebas y por ello se violaron no solamente los artículos 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal, sino también el 216 del mismo ordenamiento por no haberse resuelto en favor del procesado las dudas que planteaba la investigación.

A lo anterior responde el Ministerio Público diciendo, en primer término, que no es cierto se hubiera omitido en el auto que dispuso la diligencia de inspección judicial, señalar los puntos sobre los cuales iba a versar y que tampoco se incurrió en nulidad por no haberlo notificado al sindicado, ya que éste no se encontraba preso por aquel entonces. Niega que el juez careciera de facultad para examinar, por sí mismo, el escrito tachado de falso ni para sacar conclusiones de sus propias observaciones, ya que para ello están los jueces facultados por el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que si bien se cometió una irregularidad al no señalar fecha para la práctica de la diligencia, ello no obsta para tener demostrada la falsedad del documento, ya que salta a la vista.

Niega, así mismo, que la demostración de que ésta no se hiciera en las máquinas del juzgado y de que Parada Guerra no tenía una de su propiedad demuestra la inocencia del sindicado, pues bien pudo llevarse a cabo en otra cualquiera.

En conclusión de sus razonamientos solicita la Procuraduría que se desechen los cargos y no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

La Sala hace suyos, por encontrarlo perfectamente fundados, los argumentos que la Procuraduría presenta como respuesta a la demanda y los da por reproducidos en la presente parte de la sentencia como integrantes de los que llevan a la Corte a la decisión que se consignará al final de la misma.

En efecto, las alegaciones que el actor presenta para tratar de demostrar que hubo errores de hecho en la valoración de la prueba no logran su objetivo porque no alcanzan a desvirtuar la verdad procesal fundamental de que el revólver fue materialmente recibido, de manos del juez, por el Secretario Parada Guerra y que después no fue enviado por éste, junto con el expediente, al Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal al que se remitió otra arma, de menor valor, con un oficio vago en el que sólo se especificaron la marca y el calibre del arma sin citar el número ni si era de calibre corto o largo para permitir que esa descripción coincidiera con el revólver que se estaba mandando. Sólo cuando en el Juzgado Superior se compararon los números de las armas y se vino a caer en cuenta de que el que se consignó en el oficio remisorio del puesto de Policía había sido adulterado, manifestó el procesado el hallazgo del revólver a que éste se refería y trató de excusar la omisión de enviarlo diciendo que se había caído en una caja.

La aseveración que hace repetidamente el actor, tratando, pese a sus manifestaciones en contrario, de culpar a los funcionarios de los otros juzgados que intervinieron en el proceso, de que pudo hacerse en alguno de estos la alteración del oficio, no resiste análisis, pues no se ve el interés de ninguno de ellos en cambiar el número del revólver si no tenía en sus manos un arma valiosa sino la ordinaria que les fue enviada.

Por otra parte, no fue la inspección judicial tachada tardíamente de inválida por el censor el único elemento de juicio que tuvo el Tribunal para condenar al acusado, sino el conjunto de indicios que brotaban del proceso y que señalaban como único culpable al procesado.

No prospera, pues, este cargo.

En cuanto al que consiste en la violación directa de la ley, la Sala procede a examinar, brevemente, los tres aspectos en que se descompone esta censura.

a) Inexistencia del delito de peculado. Sostiene el demandante que como quiera que el responsable de los bienes, efectos, dineros, etc. de un juzgado es el juez, no tenía por qué imputarse al secretario el delito de peculado.

Ya la Corte, expresó en diversas oportunidades, entre ellas la sentencia a que se refiere la Procuraduría, uno de cuyos apartes transcribe, que no se necesita para que se configure ese ilícito que entre el funcionario o empleado y la cosa de que se apropia exista una relación legal que ponga esta bajo la exclusiva dependencia de aquél, sino que basta que por motivo de la función que desempeña el bien se halle en disponibilidad del funcionario.

A lo anterior puede añadirse que siendo objeto jurídico específico de los delitos contra la administración pública la seguridad de los bienes entregados a ella por razón de la confianza que en sus representantes depositen los ciudadanos, tanto la una como la otra resultan burladas si un funcionario o empleado público traiciona esa fe y se apodera o distrae tales bienes, aunque no sea directamente responsable de ellos ante la administración, siendo suficiente que su acción haya sido propiciada o facilitada por su investidura oficial.

Tal es lo que sucede con los secretarios de los juzgados y de otros funcionarios, que sin ser directos responsables de los bienes custodiados en esos despachos tienen acceso a ellos en forma que se haga posible su apropiación, caso en el cual responden por el delito de peculado.

b) Inexistencia del delito de falsedad. Alega el actor que no puede hablarse de que su representado haya cometido este ilícito por cuanto, en su concepto, el oficio remisorio carece del carácter de documento público, ya que fue expedido sin las formalidades legales.

Se responde

En nuestra legislación no ocurre como en otras que la facultad de expedir documentos públicos está reglamentada en el sentido de que sólo aquellos funcionarios o empleados, a quienes la ley otorga expresamente la potestad de certificación, esto es, atribuye la función de dotar de la calidad de públicos a los escritos que elaboran, pueden expedir esta clase de documentos.

El sistema colombiano es el de que todo funcionario que, en ejercicio de sus funciones, deba elaborar un escrito que implique un ejercicio de estas, lo dota de la calidad de documento público.

Ciertamente no siempre la ley prescribe ritos o formalidades especiales para la expedición de tales documentos. Más aun: puede decirse que sólo excepcionalmente lo hace. Por eso el artículo 1758 del Código Civil que define el instrumento público como el autorizado (esto es firmado) con las solemnidades legales por el competente funcionario público, y los artículos 261 del Código de Procedimiento Penal y 266 del de Procedimiento Civil que repiten esa definición, deben ser entendidos en el sentido de que cuando la ley prescribe solemnidades para la expedición de un documento, ellas deben ser observadas para que éste tenga existencia.

De resto, cuando la ley no exija ninguna solemnidad, basta para que se tenga un documento público, que haya sido expedido por el funcionario o empleado dentro de la órbita de su competencia y para los fines específicos de la función que desempeña.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede dudarse que cuando un agente de la policía produce un escrito dentro de la órbita de su función y para los fines de la misma, ya sea v. gr. para informar sobre una captura que se le ha encomendado, o una pesquisa, o remitir un preso, un arma o un objeto decomisado, etc. está produciendo un documento público ya que la noticia de tales actos es procedente darla por escrito para que figure ya en un registro ora en un proceso, etc.

Así cuando el Comandante del Puesto de Policía de Ciénega remitió mediante un escrito un revólver decomisado al presunto responsable de un delito de homicidio y a fin de que esta arma figurara en el correspondiente proceso y se tuviera noticia de la manera como había llegado a él, estaba produciendo un documento público no importa que careciera su expedición de solemnidades, pues la ley ninguna prescribe para el caso.

Por lo que hace a las acusaciones que el actor endereza a la sentencia en este mismo cargo para decir que no se probó la autenticidad del oficio remisorio, basta recordar que, tratándose de un documento público, se presumía su autenticidad, como lo dice expresamente el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable también en Derecho Penal. De acuerdo con esa misma

norma, quien alegue la falsedad de uno de tales documentos, debe probarla, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

c) Posible aplicación del artículo 233 del Código Penal al caso de autos. Sostiene el demandante, aunque sin ningún razonamiento que apoye su aserto, que hubo infracción directa de la ley porque se aplicó a su defendido el artículo 231 del Código Penal en lugar del que se deja antes citado.

Es verdad, comenta la Corte, que ambas normas tienen como sujeto activo al funcionario o empleado público si bien la citada en primer término (artículo 233 del Código Penal) menciona también como agente al particular.

Pero entre ambas hay una diferencia fundamental y es la de que para que se aplique el artículo 231 del Código Penal es necesario que el funcionario o empleado público obren en ejercicio de sus funciones aunque con abuso de ellas, en tanto que en el artículo 233 ibídem se exige que "no se encuentre en el caso previsto en el inciso 1º del artículo 231", lo que debe entenderse en el sentido de que obre por completo fuera de su función, es decir, como simple particular, por lo que se le impone la misma sanción que a éste, lo cual no se explicaría si la norma tuviera en cuenta, de algún modo, el ejercicio de una función pública.

Ahora bien: al hablar la ley en el artículo 231 del Código Penal de abuso de funciones públicas no se está refiriendo sólo a las que por la ley son asignadas específica o concretamente a cada funcionario sino, en general, a todas aquellas que se relacionan directamente con el cargo que desempeña y que no le sería posible ejecutar sin la investidura oficial, o sin que, al menos, ésta haya sido parte determinante para llevarlas a cabo. Se trata, en síntesis, de un verdadero abuso del cargo con violación de la fe pública o confianza que los ciudadanos ponen en quienes desempeñan funciones de carácter público y que vienen a ser, esta fe o confianza colectivas, el objeto primordial de la tutela jurídica, esto es, la forma acogida por el legislador para clasificar el bien jurídico dándole su nombre al título sexto del Código Penal. Lo cual no significa, desde luego, que éste sea el único interés protegido, pues, en referencia a la falsedad en documentos, también lo son los derechos del Estado o de los particulares que tienen en los documentos pruebas de importancia.

En el presente caso es evidente que la alteración del oficio remisorio tantas veces citado la hizo Parada Guerra abusando de la función de secretario que desempeñaba en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénega, burlando la confianza pública depositada en los miembros de la rama jurisdiccional del Poder Público y aprovechando las facilidades que para tal hecho representaba su contacto directo con el proceso por virtud de su misma función. De ahí que abusara de ella y que, por lo tanto, la ubicación del hecho en el artículo 231 del Código Penal hubiera sido correcta.

De todo lo anterior, se concluye que no tienen fundamento los cargos enderezados contra la sentencia y que, por ello, deben ser desechados.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado Penal y acorde con el mismo.

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Delitos contra la asistencia familiar

Se deben tener en cuenta dos factores: a) Residencia del titular del derecho, b) el inicio o desarrollo de la acción delictiva

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 78 de 19 de octubre de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El 17 de marzo de 1970, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Vélez (Santander), la señora Aurora Cárdenas de Cepeda formuló denuncia, por inasistencia familiar, contra su esposo Jaime Cepeda Matiz, a nombre propio y el de sus tres hijos legítimos y menores, Eugenia Catalina, Ricardo Fidel y Blanca Elena.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Vélez, a quien correspondió este proceso, en auto de 8 de septiembre del año en curso, a instancias del señor apoderado de Cepeda Matiz, provocó colisión de competencia negativa al Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá. Invoca, a este fin, la prueba extrajuicio practicada a solicitud del mencionado apoderado, demostrativa, según él, que la señora Aurora Cárdenas de Cepeda y sus hijos no tenían residencia ni domicilio en la población de Vélez, sino en la ciudad de Bogotá; que su paso por la primera de las mencionadas localidades, fue transitorio, pues allí "fue en son de vacaciones o paseo y aprovechando el factor que su hermano trabajaba por esos días en esta ciudad".

El Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, en decisión de 3 de octubre del año últimamente mencionado, no acepta las razones de su homólogo y en rechazo a sus planteamientos afirma la residencia de la querellante, y sus hijos, en la mencionada localidad de Vélez. Al efecto recuerda que "ante el Juzgado Promiscuo de Menores de Vélez se tramitó el correspondiente juicio de alimentos contra el sindicado" y que la denunciante juró que su domicilio y residencia era la ciudad de Vélez. De la prueba extrajuicio anota que "ninguno de los declarantes ... da cuenta de que la familia Cepeda Cárdenas residiera en esta ciudad de Bogotá para la época en que el sindicado se sustrajo a sus obligaciones de esposo y padre, es decir, cuando cometió la infracción que se investiga, mas por el contrario, ellos declaran respecto a la residencia de la denunciante en la actualidad y muy posiblemente para la fecha en que se promovió la presente acción".

Para resolver, la Sala considera:

1. *El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 663, preceptúa que serán competentes, en primera instancia, para conocer de esta clase de delitos "los jueces municipales de la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción". Tiene en cuenta dos factores: a) residencia del titular o titulares del derecho, y b) que ésta coexista con el inicio o desarrollo de la acción delictiva.*

2. *El Código, evidentemente, procura el amparo de la parte más desfavorecida en esta clase de hechos punibles, tales los que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación legal alimentaria. Y bien está que así sea, porque*

adoptar otro criterio, atendiendo a factores como el domicilio de los ofendidos o el del agente activo del delito, sería, en el primer evento, dar pábulo a controversias u obstaculizar la exigencia del derecho, por la vía penal, pues el abandonado afronta intempestivamente circunstancias que le pueden llevar a variar de domicilio; y, en el segundo caso, se agregaría a la acción delictiva un inmerecido favorecimiento, cuando el alimentante, que tiene capacidad para ello, puede contar con recursos para enfrentar el debate en cualquier lugar. No debe olvidarse, en abono de esta tesis, que la fijación de un criterio sobre competencia de juzgamiento, en estos casos, suele cuestionar la inclinación hacia intereses contrapuestos y todos de muy atrayente respetabilidad. Se favorece al procesado, para garantizarle al máximo sus posibilidades de defensa o, al ofendido, para no dificultarle el reconocimiento de sus derechos. Pero debe tomarse partido por una u otra tendencia, al no poderse señalar un principio general igualitario, que satisfaga de modo equilibrado a las dos partes y corresponda justamente a las vicisitudes de una y otra. El legislador colombiano buscó, seguramente, la protección de la parte más débil y necesitada, o sea, el sujeto pasivo del reato.

3. *Al final de cuentas, después de varios años de formulada la denuncia, se ha querido controvertir la competencia del Juzgado Penal Municipal de Vélez, invocando transitoriedad en la permanencia de los titulares del derecho en esa ciudad, cuando precisamente la temporalidad es la característica del fenómeno "residencia", establecido por el legislador. El otro aspecto, el del incumplimiento, no ha sido siquiera cuestionado.*

4. *Pero hay sobrados factores para afianzar ese concepto de residencia. Nótese que los hijos, procreados en el vecino país de Venezuela, fueron inscritos en el registro civil de Vélez, surtiéndose el trámite adecuado para ello; que la acción civil ejercitada ante la jurisdicción de menores, también se adelantó en Vélez y allí se obtuvo un pronunciamiento judicial a este respecto, favorable a la querellante; que en Vélez tenía un familiar que le podía brindar apoyo y sustento, cuestión de suma ocurrencia en estos casos, en donde las necesidades del alimento, vestido, educación, etc. tienen que sufragarse por terceros, así sea de modo temporal y esporádico, y cuya obtención es buscada por el alimentario de manera forzada, pues tiene que acudir y vivir en donde se le ofrezca o posibilite esta manutención; y, finalmente, que la querellante así lo dijo bajo juramento, en su denuncia.*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, dirime el conflicto de competencia negativa suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá y Segundo Penal Municipal de Vélez, declarando que *este último* es el competente para continuar conociendo de este proceso. A él se remitirán estas diligencias y se dará cuenta de la decisión tomada al Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

HURTO DE USO

Qué es y cómo se configura. Legislación al respecto

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 78, octubre 19 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

La Fiscal Quinta del Tribunal Superior de Bogotá ha interpuesto recurso extraordinario de casación contra la sentencia mediante la cual el tres de diciembre de mil novecientos setenta y siete, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia e impuso a José Vicente Contreras Julio la pena principal de dieciséis meses de prisión y las accesorias del caso, como responsable del delito de "hurto".

Antecedentes

El Ministerio Público los resume en la forma que se dice a continuación:

"Hacia las horas de la noche del veintiocho de junio de mil novecientos setenta y cinco, el señor Raúl García Angel dejó el vehículo de su propiedad, marca Volkswagen modelo 53 y de placas de circulación EU-1341, en un parqueadero situado sobre la carrera 80 entre calles 38 y 39 de esta ciudad, barrio Ciudad Kennedy, cuyo dueño es José Vicente Contreras Peña, padre del incriminado José Vicente Contreras Julio, quien más tarde tomó el automotor de ese lugar en donde presta sus servicios como dependiente, y en compañía de otras personas optó por utilizarlo en el perímetro de la capital, hasta que en la Avenida Primero de Mayo lo colisionó causándole severos daños".

Se tramitó el negocio en debida forma.

El recurso de casación fue admitido en su momento y la demanda sustentatoria se declaró ajustada a los requisitos de ley el día veinte de mayo de este año.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal coadyuvó las peticiones de la Fiscal, acogiéndolas en todas sus partes, y solicita a la Corte casar el fallo recurrido y absolver al procesado.

La demanda de casación

Al amparo de la causal primera de casación —cuerpo primero—, se formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Se afirma que el fallo acusado es violatorio de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 397 del Código Penal, reformado por el artículo 7º de la Ley 21 de 1973.

Se ensaya su demostración con los siguientes razonamientos:

"La demanda se encamina a puntualizar que aun cuando los actos atribuidos a una persona, parezcan injustos o contrarios a ciertos estamentos legales, no pueden ser enjuiciados criminalmente, si las acciones u omisiones, no encajan adecuadamente en determinada disposición legal, o en otras palabras, de conformidad con el artículo 1º del Código Penal, 'nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción penal al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hayan establecido en ellas'.

"Y es obvio el planteamiento si se tiene en cuenta que la anterior disposición, establece la denominada 'Legalidad del Proceso', que en el

fondo recoge el principio constitucional señalado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, relativo al juzgamiento conforme a leyes preexistentes al hecho imputado, ante el Tribunal competente y con la plenitud de las formas propias de la actuación procesal, es decir, el canon de *nullum crimen sine lege,* que garantiza el mandato de la democracia de que todo comportamiento humano no prohibido, es lícito, aun el más moderno de que no hay 'delito sin tipicidad'.

"El censor apoya sus pretensiones en la misma historia del delito de hurto, en la modalidad de uso, naturalmente en la legislación del país.

"Así vemos, por ejemplo, que el artículo 904 de la Ley 19 de 1890, decía lo siguiente:

"... el que, sin fuerza ni violencia, pero sin el consentimiento del dueño de una cosa, se apoderare de ella, a sabiendas y maliciosamente, no para apropiársela, sino para servirse de ella, si el tiempo por el cual la retuviere no excediere de quince días, pagará una multa de ocho a ochenta pesos, y será arrestado por tres a ocho días; pero si excediere el uso de quince días, además de la multa expresada, sufrirá arresto por quince días a dos meses ...".

"El precedente Estatuto Penal, con algunas reformas, rigió en el país hasta el primero de enero de mil novecientos treinta y siete, fecha en la cual comenzó la vigencia de la Ley 95 de 1936, Código Sustantivo en vigencia, con modificaciones, sin que en él aparezca remisión de ninguna especie al hurto de uso.

"En cuanto a las prescripciones del orden contravencional, en julio quince de mil novecientos setenta, se expidió el Decreto 1118, que en su artículo 67 disponía lo siguiente: '... el que use una cosa mueble ajena sin el consentimiento de su poseedor legítimo incurrirá en multa de cincuenta a quinientos pesos ...'.

"... si la cosa usada vale más de diez mil pesos, la multa será de cien a cinco mil pesos".

"Este Decreto 1118 de 1970, conocido con el nombre de *Estatuto de Contravenciones,* desapareció al empezar a regir el Decreto 522 de 1971, o sea el actual Código Nacional de Policía, que tampoco contempla un comportamiento de esa naturaleza e igual afirmación puede hacerse respecto del Decreto 1355 de 1970.

"Significa lo anterior que la conducta ejercitada por José Vicente Contreras Julio, *hurto de uso,* por la cual fue procesado y sentenciado a la pena principal de dieciséis meses de prisión, ha sido en otras épocas delito o contravención, pero en el Código Sustantivo actual no encuentra adecuación típica, motivo por el cual la censura se reafirma en el hecho de que el legislador, con base en decretos leyes, no la tiene descrita previamente como delictuosa y con sanción penal".

La demandante concluye que la sentencia ha violado el principio universal de derecho que la Constitución Política recoge en su artículo 26, según el cual no existe delito sin ley que lo prescriba.

Se considera

Vale decir que la recurrente invoca la violación de una de las garantías fundamentales del procesado, porque el sentenciador interpretó erróneamente el artículo 397 del Estatuto Penal, y dejó de aplicar los artículos 26 y 28 de la Constitución y 1º del Código Penal.

El concepto de interpretación errónea de la ley tiene cabida en el recurso extraordinario de casación, cuando el sentenciador después de haber elegido correctamente la norma que ciertamente regula el caso concreto sometido a su examen, aplica sus imperativos con exageración o mengua de sus precisos alcances.

El caso ofrecido a la consideración de la Corte se adecúa más y mejor al concepto de la aplicación indebida del artículo 397, como infracción directa del artículo 1º del Código Penal, y de los artículos 26 y 28 de la Constitución. En síntesis: inanidad del procedimiento, inexistencia del delito y violación de los derechos fundamentales del ciudadano garantizados por el Estatuto Mayor.

No obstante lo anterior, vale la pena recordar que el delito de hurto se define en la ley colombiana como "la sustracción de cosa mueble ajena, sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella".

El hecho concreto discutido por la recurrente contiene la totalidad de los caracteres integrantes de orden normativo y subjetivo que describe el artículo 397 del Código Penal.

El vehículo fue sustraído por el sindicado. Lo sacó del parqueadero donde había sido dejado por su dueño. Y lo puso por fuera de la vigilancia suya, y de su tenedor precario, que era el propietario del parqueadero. Y lo utilizó en compañía de otras personas "en el perímetro de la capital, hasta que en la Avenida Primero de Mayo lo colisionó causándole serios daños". Es

decir, que obtuvo el provecho que se proponía con la sustracción de cosa mueble ajena, —el vehículo—, sin que mediara el consentimiento de su dueño.

El delito de hurto, por el aspecto subjetivo adquiere relevancia jurídica con el simple propósito de aprovechamiento de la cosa mueble ajena, tomada en posesión ilegítima. Es decir que la consumación del delito de hurto por el sindicado no es discutible. Su propósito no era destruirlo, ni hacerlo desaparecer. Lo sustrajo para pasear en él, con sus acompañantes, en el perímetro de la ciudad, como lo advierte la recurrente. Y lo disfrutó a hurtadillas, con las infortunadas consecuencias que se describen por el Ministerio Público, que hicieron manifiesto el delito de hurto. No importa que el hurto de uso o de simple utilidad hubiere sido cabalmente descrito y sancionado en el artículo 904 de la Ley 19 de 1890 —como lo anota la actora— y que en los proyectos reformatorios de la codificación vigente se contemple específicamente esa modalidad delictiva, no contemplada, con esa precisa denominación, por el Código Penal. Tampoco el artículo 397 habla del hurto por apropiación. Mas no es discutible que el 'aprovechamiento' comprende lo mismo el uso que la apropiación de la cosa mueble ajena, sustraída sin el consentimiento de su dueño. El hurto atribuido por el sentenciador al sindicado, se consumó, no cabe duda, así el propósito del agente no hubiese sido apropiarse del vehículo, sino aprovecharse de él, propósito que, agregado a sus restantes caracteres compositivos, es suficiente para la consumación del hurto, al tenor del artículo 397 del Código Penal, no mal interpretado por el fallador, ni aplicado sin razón a los hechos que dieron fundamento a la sentencia recurrida.

El cargo no prospera.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SECUESTRO

Secuestro. Extorsión. Concurso de delitos. Secuestro extorsivo. Delito complejo.

Estructura del delito complejo (Ley 21 de 1973).

Examen de las normas sobre el secuestro con fines de lucro. La reforma introducida por la Ley 21 de 1973, en cuanto elevó a la categoría de circunstancia especificadora de agravación del delito de secuestro definido y sancionado en el artículo 293 del Código Penal; eliminó la posibilidad de un concurso de delitos (secuestro y extorsión) y creó una figura nueva de delito que perfectamente encaja dentro de la estructura del llamado delito complejo (la Corte cambia de doctrina)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 75 de octubre 10 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 25 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Virgilio de Jesús Monsalve Mazo, Edilberto Pino y José Guillermo Navarrete, y sustentado a través de sendas demandas por sus apoderados, contra la sentencia de diecinueve de enero del año inmediatamente anterior, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó con modificaciones en cuanto a las penas, la del Presidente del Consejo Verbal de Guerra de la Cuarta Brigada, que condenó además de los recurrentes en casación, a Gerardo Antonio Vanegas y Julio César Zapata, cuyo recurso fue declarado desierto por no haberse formulado la demanda correspondiente, en su condición de coautores responsables de los delitos de secuestro y extorsión, esta última infracción en el grado de tentativa.

I *Hechos y actuación procesal*

Los resume así, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El 8 de enero de 1976 el ciudadano Félix Barreneche Posada, de avanzada edad, fue abordado por varios individuos mientras transitaba por una calle de la ciudad de Medellín, y luego de ser golpeado en la cabeza con armas de fuego fue obligado a subir a un vehículo que lo condujo a un lugar en el cual permaneció varios días privado de su libertad. Consumado el secuestro ... sus captores se dieron a la tarea de llamar por teléfono a sus familiares y especialmente al doctor Augusto Escobar Barreneche, su sobrino, con el fin de exigirle determinada suma de dinero para ponerlo en libertad. En prueba de la sobrevivencia del señor Barreneche, los agentes del delito enviaron la fotografía y la carta que aparecen a folios 70 y 109 del informativo. Las autoridades de policía de Medellín rescataron al señor Félix Antonio Barreneche y capturaron a Gerardo Antonio Vanegas, quien en ese momento lo vigilaba, y a los demás ciudadanos que fueron condenados ...". La investigación fue adelantada por un Juez de Instrucción Penal Militar, la que una vez perfeccionada, culminó con la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra por parte del Comandante de la Cuarta Brigada que culminó con la sentencia de condena para los incriminados que confirmada más tarde por el

Tribunal, originó la que es objeto del recurso que se examina.

II *Las demandas de casación*

Como se anotó, los condenados Virgilio de Jesús Monsalve, Edilberto Pino y José Guillermo Navarrete otorgaron poder para que se presentaran las correspondientes demandas de casación, y habiéndose cumplido tal requisito, se entra al estudio de cada uno de los alegatos presentados por los apoderados, así:

Demanda a nombre de Virgilio de Jesús Monsalve M.

Al amparo de las causales cuarta y segunda de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor formula varios cargos, así:

Causal cuarta. Primer cargo. Expresa el demandante, que la sentencia se habría dictado en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional "ya que al procesado no se lo indagó como disponen la ley y el derecho internacional". Y como es admitido, por doctrina y jurisprudencia, que la indagatoria constituye fundamentalmente un medio de defensa del procesado, al omitirse, en relación con Monsalve, un interrogatorio sobre lo esencial de la sindicación que se le formuló en los cuestionarios sometidos a los Vocales en el Consejo Verbal de Guerra, se habría violado el artículo 26 de la Carta por cuanto allí se dispone, en forma perentoria, y como garantía sustancial el ser juzgado con la plena observancia de las prescripciones de la ley.

Cargo segundo. Dentro del mismo marco de la causal cuarta, se afirma, la existencia de una nulidad que consistiría ahora en el hecho de habérsele negado al procesado Monsalve Mazo la designación de un apoderado, ya que el propuesto primitivamente por el sindicado, le fue rechazado por no tener las calidades de abogado, situación que según el demandante, no se eliminó ya que, a la postre, se le designó oficiosamente por el Presidente del Consejo, "a un simple Teniente de la Policía", con lo cual se habrían violado, también por este aspecto, las previsiones del artículo 26 de la Constitución y sus desarrollos legales que el actor cita en detalle.

Cargo tercero. Causal de rango legal consagrada en el numeral 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar consistente en "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", error que se manifestó tanto en la resolución de convocatoria al Consejo Verbal de Guerra, como en los cuestionarios que le fueron sometidos a consideración de los vocales. Se afirma, que en la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra se expresa que el juzgamiento de los incriminados se debe cumplir bajo los títulos delictivos de secuestro, extorsión y lesiones personales, y, de consiguiente, en los correspondientes cuestionarios se dividieron las infracciones relativas al secuestro y a la extorsión, como dos manifestaciones autónomas de la criminalidad imputada.

El error, en la denominación del hecho afirma el casacionista "consiste en que ... se llamó *extorsión* a hechos que apenas ponen en evidencia el propósito ilícito que tipifica el *secuestro*". De consiguiente, no pudiéndose separar los dos delitos —secuestro y extorsión—, puesto que el primero lleva implícito el ánimo de lucro que al lograrse a través o mediante el secuestro, realiza una variación no sustancial del delito, sino meramente accidental, por cuanto, que solamente compromete la gravedad de la sanción prevista en la ley (artículo 293 del Código Penal), para el delito de secuestro simple.

Afirma el recurrente que "es (por efecto) de la absorción que el tipo de secuestro de que se ocupa el artículo 293 hace la tentativa de extorsión, creando lo que la doctrina llama delito complejo en que se reúnen preceptos que amparan intereses jurídicos diferentes en una sola norma, que se aumenta la pena".

En definitiva: "Los cuestionarios uno y once en que de acuerdo con la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra se preguntó a los vocales por la responsabilidad de Monsalve Mazo, concretando su acusación describen, el primero hechos que constituyen secuestro calificado, ya que se pregunta por el propósito de conseguir para sí o para otros un provecho o utilidad ilícitos, y, el segundo, plantea la tentativa de extorsión con los hechos exteriorizantes del *animus lucrandi* que exige el secuestro calificado, pues habla de violencias y amenazas al señor Félix Antonio Barreneche Posada, para que entregara, enviara, depositara o pusiera a disposición la suma en efectivo de siete millones de pesos a cambio de su liberación". Se estructuraría, por tanto, un solo delito, y no dos, como equivocadamente se afirmó, de donde surgiría nítida la nulidad alegada.

Causal segunda. Unico cargo. "La sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del

jurado''. En los cuestionarios sometidos a consideración de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra —expresa el recurrente—, no se les preguntó sobre las circunstancias modificadoras de la responsabilidad respecto a la actividad criminal desarrollada por Monsalve Mazo, y a que se refieren los numerales 2º, 4º y 6º de la Ley 21 de 1973, sin embargo de lo cual, el Tribunal considerando que el hecho imputado era agravado precisamente por las circunstancias anotadas, le aumentó la sanción en tres años más.

Con fundamento en las razones expuestas, el demandante solicita a la Corte casar la sentencia ''y declarar que el proceso queda en estado de sumario y decretar su nulidad desde cuando se oyó en 'indagatoria' ''.

Demanda a nombre de Edilberto Pino Carvajal

Tres cargos formula el censor contra la sentencia: dos, como formas o modalidades de nulidad constitucional —violación del artículo 26 del estatuto—, y, uno, con apoyo en el cuerpo primero de la causal primera de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Nulidad constitucional. Cargo primero. La sentencia se dictó en proceso viciado de nulidad de rango constitucional ''en razón de que se violaron formalidades sustanciales de procedimiento que implican un notorio y grave deterioro del derecho de defensa'', que lleva a afirmar al censor que a su patrocinado no se le permitió ningún tipo de defensa. En la parte final de la enunciación del cargo, pese a haber manifestado originalmente que se trataría de una especie de nulidad supralegal, expresa el demandante que pretende demostrar la causal cuarta de casación, consagrada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal''.

La fundamentación del cargo obedece esencialmente a la afirmación de que en el curso del proceso no se practicaron las pruebas solicitadas por la defensa para demostrar una supuesta coartada alegada por el incriminado en la diligencia de indagatoria.

Nulidad constitucional. Cargo segundo. Se acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de rango constitucional ''en razón de que sin motivo legal alguno, los funcionarios investidos de la jurisdicción penal militar, se negaron sistemáticamente a la práctica de las diligencias probatorias indicadas por el procesado, y las expresamente solicitadas por su apoderado y defensor''. El cargo tiene un desarrollo sustancialmente igual al anterior.

Causal primera. Cargo único. ''Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Medellín —expresa el censor—, por cuanto ella violó por vía directa el artículo 406 del Código Penal en razón de que a unos hechos constitutivos del delito de secuestro ... se les consideró igualmente ... como constitutivos del delito de extorsión ... error de derecho en que incurrió el Tribunal al estimar ... que la exigencia de dinero, que es un elemento esencial del delito de secuestro ... es igualmente constitutiva del delito de extorsión'', con violación del principio del *ne bis in idem* sustancial.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, la casacionista solicita a la Corte como petición subsidiaria a la de la nulidad que ''case parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo al procesado Edilberto Pino Carvajal por el cargo de extorsión, modificando el monto de la pena impuesta y señalando la que legalmente le corresponde purgar ...''.

Demanda a nombre del procesado José Guillermo Navarrete Macías

Con fundamento en la violación del artículo 26 de la Constitución —nulidad constitucional— se formulan tres cargos, y uno con apoyo en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

Nulidad constitucional. Primer cargo. Consistente en que al procesado se le habría negado el derecho de defensa, por cuanto no se atendieron las peticiones de sus apoderados para la recepción de diversas pruebas.

Nulidad constitucional. Segundo cargo. La nulidad consistiría ''en que habiéndose interpuesto oportunamente el recurso de apelación por parte del apoderado ...'' contra el auto de detención dictado por el Instructor Militar, ''no se produjo ... decisión alguna sobre el mismo, por cuanto y desatendiendo el orden lógico del proceso, cuando el expediente llegó al Tribunal de Medellín para desatar el recurso interpuesto esta corporación ... ya estaba conociendo en segunda instancia de la sentencia condenatoria proferida con fundamento en los veredictos emitidos en el Consejo Verbal de Guerra''. Por lo cual se habrían violado las formas propias del juicio consagradas en el artículo 26 de la Carta.

Nulidad constitucional. Tercer cargo. Se habría violado el artículo 26 de la Carta al impu-

tarse al procesado la comisión de dos delitos —secuestro y extorsión—, cuando la verdad es que de acuerdo con la estructura del secuestro, definido y sancionado en el artículo 293 del Código Penal, el fin de lucro no puede tomarse como extorsión, sino como elemento de secuestro.

Causal primera. Cargo único. Violación de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 496 del Código Penal, en razón de que se consideró como extorsión aquello que es elemento sustantivo del secuestro.

III *Respuesta del Ministerio Público*

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina *in extenso* los cargos formulados a la sentencia en las tres demandas, y al advertir que las tres coinciden en un punto sustancial, el relativo a la inexistencia del concurso de delitos entre el secuestro agravado y la extorsión, se remite a un concepto anterior en el que al estudiar una situación semejante, plasmó su criterio en cuanto a estos dos aspectos fundamentales de la cuestión: uno, el relativo a la existencia del concurso de delitos, y, otro que se refiere a la técnica de casación. Expresa el Delegado, que la ley ha consagrado como causal de nulidad el haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción, ya que en el auto de proceder en el procedimiento ordinario, o en su equivalente, en la Justicia Militar. El problema que en el presente proceso se plantea, es el relativo a la ubicación de la causal dentro de la cual deba presentarse el cargo, ya que, como se ha visto, los demandantes alegan unas veces, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de sus normas, y otras, nulidad ora de rango constitucional o ya de naturaleza legal.

Acepta el colaborador fiscal, la hipótesis de error en la denominación jurídica de la infracción, en casos en los cuales como el que examina, el error surgiría al titular o calificar una infracción como de concurso de delitos, con las necesarias consecuencias en cuanto a la sanción, cuando al contrario, se estaría en presencia de un único reato, sólo que según el colaborador, la causal que debe reclamarse para el caso, es la cuarta (nulidad legal) y no la primera, por la obvia consideración de que, como lo ha dicho en reiteradas ocasiones la Corte, cuando en el juzgamiento de ciertos delitos —y éste es uno de ellos—, han intervenido los jueces populares, en este caso los Vocales del Consejo de Guerra —no es posible invocar la causal primera de casación, porque de prosperar dicha causal, correspondería a la Corte— artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, dictar la sentencia que corresponda, lo cual no podría hacer sino prescindiendo, con violación de la ley, del procedimiento de jurados, situación que implicaría ella sí, entonces, una nulidad sustancial. Que, por cuanto en diversas decisiones ha reconocido la Corte, la independencia o autonomía de la causal cuarta de casación, su aceptación por el cuerpo fallador, llevaría a invalidar el proceso a partir del auto calificatorio de la infracción para que se vuelva a dar la denominación jurídica que corresponda de acuerdo con la sentencia que se dicte dentro del trámite de la casación.

En desarrollo de las premisas indicadas, el Procurador comienza por examinar el cargo común propuesto en las tres demandas, o sea el relativo a la nulidad por errónea calificación del delito, respecto a la afirmación de que se estaría en presencia no de un concurso de infracciones —secuestro agravado y extorsión—, sino de un solo delito: secuestro agravado. Y remitiéndose, como se anotó, a un concepto anterior, comienza por hacer un examen de las dos figuras: la de secuestro y la de extorsión relativo a la estructura integral de las mismas, para sostener, que en términos generales, y en el caso de autos, debe predicarse la existencia de un concurso material de delitos. Con lo cual, desde ya, descarta la posibilidad de la nulidad alegada por este concepto.

Acepta, así mismo, el Delegado que puede presentarse un caso de nulidad por error en la calificación jurídica de la infracción, en la hipótesis del llamado concurso aparente de normas penales cuando quiera que "una pluralidad de conductas realizadas por el agente no corresponda a varias infracciones penales ..., sino a una sola simple o agravada por una determinada circunstancia". En tal situación, afirma, prosperaría un cargo que se formule con apoyo en la causal cuarta de casación "porque se ha presentado una equivocada calificación legal que afecta las bases del juzgamiento y comporta aumento indebido de la pena".

Inmediatamente, entra el Delegado, a hacer un estudio comparativo de las dos infracciones imputadas en concurso, haciendo una especie de anatomía jurídica respecto a los diversos elementos sustanciales que integran la economía de las dos infracciones. A ese estudio anatómico-jurídico de las dos ilicitudes corresponden las siguientes afirmaciones que tendrán su respuesta cuando la Sala entre a estudiar los cargos formulados por este concepto.

Que, el delito de secuestro, atenta contra el interés jurídico de la libertad, pese a que en su estructura el agente busca la obtención de un provecho o utilidad ilícitos, generalmente de naturaleza patrimonial, lo cual da ocasión para que, más adelante, se sostenga la tesis del concurso.

Acepta, de igual modo, que el secuestro es, por naturaleza, delito permanente. Se describen, luego, y sin mayores comentarios, las diversas circunstancias agravantes consagradas en la Ley 21 de 1973.

Viene ahora la anatomía del delito de extorsión, y paralelo se parte del presupuesto cierto de que se trata de un delito contra la propiedad, sin embargo de lo cual, se admite que con tal acriminación, el legislador buscó la tutela de otro interés jurídico que es el relativo a la "libertad de determinación", siendo sin embargo, prevalente el que toca con el interés vinculado a la propiedad. Deducción que como es obvio, se origina en la ubicación del delito dentro del Código.

Respecto al *sujeto pasivo* de la extorsión acepta que por cuanto se trata de tutelar dos diversos intereses jurídicos —el de propiedad y el de la libertad de determinación—, uno puede ser el sujeto pasivo de la lesión patrimonial, y otro, el sujeto pasivo de la conducta extorsiva, correspondiéndole entonces, al segundo, o sea a quien sufre o padece la acción extorsiva (amenazas, violencias, simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma, artículo 406 del Código Penal), apenas la simple condición de "*medio coercitivo* o *intimidativo* para que otro determine su voluntad y ésta se traduzca en entregar, enviar, depositar, etc.". No explicó el Procurador, si en este caso, por tratarse de dos sujetos pasivos diferentes, uno el que sufre la lesión patrimonial, y el otro el que padece la acción de las amenazas o de la violencia, se estructuraba un caso de concurso de delitos, visto que, de todos modos, se ofenden dos intereses jurídicamente protegidos por la ley. Es posible que la omisión a esta consideración, por parte del Procurador, se debe a la simple razón de que colocó correctamente, como simple *medio* para lograr un *fin* ulterior, el uso de las amenazas, violencias, etc. Presentándose, una especie de conjunción jurídica de las dos infracciones que estructuran esa especial figura que se conoce como extorsión, —en la que, lo fundamental es *el fin* que persigue el delincuente que no es otro que el de obtener un provecho ilícito. Y enfatiza el Delegado en este aspecto, cuando apunta, que "generalmente se trata de la misma persona (la que es objeto de las amenazas o violencias y la que realiza el acto de disposición patrimonial), pero cabe la hipótesis de que una sea la víctima de las amenazas o de la violencia física y otra la que se desprenda de los bienes patrimoniales, pero siempre como resultado del constreñimiento o de la intimidación". No indica sin embargo, y luego del examen exacto que hace de la figura de la extorsión, si se trata de un delito simple, o si por su especialísima configuración legal, se le podría dar otro calificativo que explique por cuál razón si con el delito se atenta contra dos intereses diversos, se derogan las normas de la Parte General relativas al concurso de delitos o de la unidad y pluralidad de infracciones.

En el concepto fiscal que se comenta, se dedica capítulo especial a "la comparación entre el secuestro y la extorsión", y de ella resultan estas conclusiones:

1. Que "el *único elemento común*" que existe entre las dos figuras delictivas, es el que se relaciona con el dolo que en ambas se confunde con el propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos, que en opinión del Ministerio Público, "es de naturaleza económica".

2. Se afirma, igualmente, que el secuestro constituye por sí mismo conducta extorsiva "pero *siempre* está acompañada de otras acciones", que estarían dirigidas, tal vez, como en el caso de la extorsión, pero ahora con consecuencias jurídicas distintas, "*a otras personas* y (por ello) atentan contra bienes jurídicos distintos al de la libertad de locomoción". De donde se concluye, que "el secuestro no recoge en su economía todos los elementos de la extorsión (caso del delito complejo) *y por tanto permite que estas dos infracciones se den en concurso material*".

3. Que en el caso concreto que se examina, se concluye con la existencia del concurso de delitos —secuestro y extorsión—, por cuanto los incriminados no simplemente se limitaron a secuestrar al señor Barreneche Posada, sino que además, se dedicaron a la tarea de llamar a su sobrino con el fin de exigirle una determinada suma de dinero como precio por la libertad del secuestrado, situación ésta que integra la extorsión, que concurre materialmente con el secuestro, posiblemente porque se trataría de dos *sujetos pasivos* distintos: uno, el secuestrado, cuyo interés jurídico al derecho a la libertad de locomoción le fue lesionado (delito de daño), y el otro, el interés del sobrino o el de los familiares contra

quienes se intentó el pago del rescate (delito de peligro) que de haberse logrado, habría configurado una hipótesis de extorsión consumada y no en el grado de tentativa como se la calificó, pero de todas maneras en concurso material de infracciones.

IV *Cuestión previa fundamental*

Como ha quedado reseñado, en el asunto sometido a la decisión de la Corte, se plantea el problema fundamental relativo a la posibilidad de afirmar o no la existencia de un concurso de delitos en la modalidad de material —diversas conductas con resultados diversos— entre los delitos de secuestro y extorsión, esta última, en el grado de consumada, cuando quiera que los autores del secuestro hayan obtenido el pago del rescate del secuestrado, o ya en la modalidad imperfecta, cuando tal evento no se haya causado. Concurso que, de otra parte, tendría además, y de acuerdo con la tesis mayoritaria de la Sala, la modalidad de que la existencia del mismo, dependería de que la víctima de la prestación patrimonial sea diversa de la del secuestro. O, si por otra parte, y como consecuencia lógica de lo anterior, debe afirmarse la tesis de la unidad de delito, tal como fue planteada en un salvamento de voto suscrito por los Magistrados José María Velasco Guerrero y Jesús Bernal Pinzón. A lo anterior debe agregarse, para que se comprenda la importancia de la cuestión planteada, que en la Sala Penal de Decisión del Tribunal de Medellín a la cual correspondió dictar el fallo censurado en casación, uno de sus integrantes, discrepó de la mayoría, con la tesis de la unidad de delito, anteriormente sostenida por el mismo Magistrado, cuando integraba otra de las Salas de Decisión del mismo Tribunal. Existe por tanto, una abundante disparidad de criterios, por lo cual, aun a riesgo de incurrir en la figura conocida como *obiter dictum,* que según la explican los procesalistas se presentaría todas las veces que el juez enuncia un principio de derecho sobre cuestiones tangenciales y aun diversas de las que forman objeto del tema de decisión, o se expongan soluciones generalizantes sobre casos hipotéticos ocasionalmente sugeridos por el que está sometido al fallo, o en fin, se enuncie una proposición conceptualizante que vaya más allá de cuanto es necesario para la decisión, o que de todas maneras resulte demasiado indefinida. Todo lo cual, se afirma, podría llegar a desnaturalizar la misma función de la casación, transformándola en un órgano provisto de un abstracto poder de *Jus Dicere* sobre cualquiera cuestión de derecho aun cuando desvinculada del objeto del juicio.

Sin embargo, de lo anterior, es necesario no olvidar que uno de los fines fundamentales de la casación es el de unificar la jurisprudencia, precisamente para que no se presenten casos como el que se examina, en donde la decisión que deba tomarse en un asunto determinado, no depende de la interpretación jurídica de la norma que deba aplicarse, sino de la especial y propia teoría que sobre el punto de derecho sostenga en un momento determinado, una Sala de Decisión, o una mayoría de sus integrantes.

Dos, son, pues las tesis que en esta materia se sostienen, tanto por la Corte, como por los Tribunales: una, la que se refiere a la pluralidad de infracciones (concurso material de delitos) entre la extorsión y el secuestro, con la condición que se desprende de los apartes de la sentencia de esta Sala en que tal cosa se sostuvo, y que se examinan inmediatamente, de que la víctima de la prestación patrimonial, o sea, el sujeto pasivo del daño, sea persona *diversa* de la que es sujeto pasivo del secuestro. A *contrario sensu,* deberá afirmarse, de acuerdo con esta posición, que cuando el secuestrado y el perjudicado con la prestación patrimonial, por cualquier circunstancia, es *una misma persona,* se estaría en presencia de una unidad de delito: secuestro agravado, por la presencia de la causal 5ª del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, circunstancia específica de agravación del delito de secuestro descrito y sancionado en el artículo 293 del Código Penal.

V *Hipótesis de concurso material de delitos.*

En sentencia de cuatro de abril del año en curso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el salvamento de voto de dos de sus integrantes, *votó el criterio,* así se conoce esta modalidad de decisiones, ya que la parte resolutiva de la sentencia fue compartida por la integridad de la Sala, de que era posible el concurso de delitos entre el secuestro y la extorsión. Pertenecen a la parte motiva de dicho fallo, las consideraciones siguientes, que se transcriben *in extenso* para mejor comprensión:

"La Ley 21 de 1973, al agravar los delitos de *secuestro extorsivo* o *secuestro de rescate* (artículo 293 del Código Penal) y *secuestro simple* o *de persona* (artículo 294 ibídem), propicia no pocas controversias sobre la naturaleza y alcance de sus disposiciones. No viene al caso, en esta oportunidad, analizar detalladamente cada una

de ellas. Conviene sí, para fijar criterio orientador de futuras alegaciones y evitar innecesarias y erradas discrepancias conceptuales, aludir al tema del concurso de infracciones, específicamente de los delitos de secuestro y extorsión".

"Resulta fácil advertir la común utilización de los elementos que definen la extorsión (artículo 406 del Código Penal) y los que tipifican tanto el secuestro extorsivo (artículo 293 del Código Penal, Ley 21 de 1973, artículo 4º) como el secuestro extorsivo agravado (Ley 21 de 1973, artículo 6º numerales 4º y 5º). Se nota el igual valor que adquieren ciertas locuciones, así lo relacionado con la indicación, en uno y otro, del empleo de la fuerza: 'Amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma', artículo 406 del Código Penal; 'al que secuestre una persona' (poder coactivo de la privación de libertad con aprovechamiento ilícito), fingiéndose agente de la autoridad o con utilización de armas; y en lo atinente a las consecuencias queridas: 'Propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos' (artículo 293 del Código Penal, Ley 21 de 1973, artículo 4º); y 'fin de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito' de obligar a 'entregar, enviar o depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos' (artículo 406 del Código Penal)".

"Entonces una *regla básica* y simple para deducir la existencia o no del comentado concurso de delitos, consiste en determinar si el *sujeto pasivo* del atentado patrimonial propio al secuestro extorsivo, *es el mismo* que se afecta con el atentado a la libertad individual. *Si se identifican, procede eliminar el referido concurso.* Se presentará, según el caso, secuestro extorsivo (si no se consiguió la efectividad del provecho o utilidad ilícitos buscados) o secuestro extorsivo agravado (si efectivamente se obtuvo total o parcialmente ese provecho o utilidad ilícitos). En este último evento, la pena es menor que la que traía el concurso. Un defecto de la reforma que no puede salvarse por prohibirlo el artículo 26 de la Constitución Nacional. Cuando la afección patrimonial *alcanza a un tercero,* esto es, *a persona distinta del secuestrado,* pero que actúa y se somete a las exigencias por razón del poder coactivo de esa privación de libertad, no hay duda alguna en admitir el concurso de delitos, bien de secuestro de rescate o extorsivo (artículo 293 del Código Penal, Ley 21 de 1973, artículo 4º) y de la extorsión (artículo 406 del Código Penal), *bien del secuestro de rescate o extorsivo-agravado* (Ley 21 de 1973, artículo 6º, numeral 5º) *y de la extorsión* (artículo 406 del Código Penal)".

"Lo anotado, *mutatis mutandi,* tiene vigencia y aplicación para las formas imperfectas del delito de extorsión. O sea, que el secuestro extorsivo o de rescate, podrá concurrir con la extorsión tentada o frustrada, si los actos ejecutivos propios a éstas y que no alcanzaron la consumación, afectan a persona y bienes diferentes al secuestrado".

"No sobra advertir que estos planteamientos no exigen la directa actuación del secuestrado sobre sus bienes, pues esa obligada disposición de los mismos puede realizarse por intermedio de otras personas (naturales o jurídicas), que atienden una manifestación suya o la supongan válidamente. 'No ocurre otro tanto cuando la consecuencia extorsiva involucra a una compañía aseguradora, que ha asumido ese riesgo. El quebranto patrimonial de esta entidad no proviene tanto dedl delito como sí del contrato respectivo, entendiéndose que su reparación, resarcimiento o indemnización buscará, exclusivamente la vía civil o comercial, con prescindencia de la penal' (casación de abril 5 de 1978, Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez)".

A su turno, en el salvamento de voto, de la parte considerativa de la sentencia y que se dejó transcrito, se afirmó lo siguiente, que recibe ahora, por medio de esta providencia, plena ratificación, con algunas agregaciones que en nada alteran el tema central recogido en dicho salvamento de voto, que en lo pertinente dice:

"A diferencia de la extorsión que como ilicitud prescribe el artículo 406 del Código Penal, el secuestro extorsivo de que trata el artículo 4º de la Ley 21 de 1973 no requiere para su perfeccionamiento la obtención del provecho o la utilidad ilícita buscados por el agente. Siendo suficiente para ello que se exteriorice el propósito de obtenerlos. Obtenido el provecho, el secuestro extorsivo se agrava (artículo 6º, numeral 5º de la Ley 21 de 1973)".

"Por modo que el secuestro extorsivo lo es por el sólo hecho de la manifestación del propósito de obtener provecho o utilidad ilícitos. A partir de ese momento surge, por ministerio de ley, una nueva figura en la cual se consumen la extorsión y el secuestro. La violencia característica del secuestro en la privación de la libertad de una persona. Y el medio coactivo por excelencia empleado por el secuestrador para realizar sus propósitos. Y no sería antojadizo decir que el secuestro extorsivo es una extorsión calificada.

En él el bien supremo de la libertad se supedita al propósito de obtener el provecho perseguido. Cuando éste es de carácter económico y se obtiene, el juez cabe graduar la pena, elevándola atendiendo a la cuantía y a los perjuicios que se hubieren causado a la víctima, de acuerdo con sus condiciones económicas".

"Si pues el delito de secuestro extorsivo se perfecciona con el sólo propósito exteriorizado, de obtener el provecho indebido para sí o para una tercera persona, *no cabe su concurso con el delito de extorsión* ni con sus formas imperfectas. Lo que en la extorsión es delito imperfecto exteriorización del propósito, no satisfecho de conseguir la utilidad ilícita perfecciona el delito de secuestro extorsivo. Se reitera: la obtención del provecho agrava el delito extorsivo".

Como se advierte, son, en cierto modo, sustancialmente opuestas las dos tesis sostenidas en relación con este fundamental tema que ahora se plantea por los tres recurrentes en casación, aun cuando con basamentos diferentes, respecto de la causal alegada, debiéndose como dispone la técnica y los efectos de las causales invocadas, estudiar primeramente la relativa a la nulidad.

VI *El origen de la disposición.*

Resulta altamente provechoso y conveniente fuera de que la lectura de las actas de la Comisión Redactora del Código, de los trabajos preparatorios, etc., es una de las principales fuentes que debe tomar en cuenta el intérprete al analizar los alcances de una norma, hacerlo ahora para rastrear los orígenes de la disposición y determinar, si ello es posible, el sentido que se le quiso dar a la misma. Para nadie es secreto, y la lectura de los Trabajos Preparatorios del Código Penal confirman la afirmación, de que los comisionados se guiaron en la redacción de la Parte Especial en la mayoría de los títulos en que está dividido el Código, principalmente por el italiano de 1889, muy seguramente, por la época en que tales trabajos se llevaron a cabo —1935—, también por el llamado Código de Rocco de 1930. De esa suerte, se tratará de conocer el pensamiento de los doctrinantes y de la jurisprudencia italianas que como se anotó, fueron los textos que guiaron nuestro estatuto penal.

Al capítulo relacionado con los "Delitos contra la libertad individual y otras garantías", le fue encomendada su redacción al doctor Parmenio Cárdenas, quien presentó un texto muy semejante al que contenía el Código, antes de la reforma que le introdujo la Ley 21 de 1973. El doctor Cárdenas explicó el texto que proponía, y, principalmente su ubicación, de la siguiente manera:

"... explica que aunque en un principio lo relativo al secuestro había sido puesto en el título de los *Delitos contra la propiedad,* resolvió pasarlo a esta clase de delitos contra los derechos individuales, pues aunque no se lesiona la propiedad, el sólo hecho del secuestro constituye un atentado contra los derechos individuales, y debe ser reprimido severamente. El doctor Escallón dice que lo que constituye el elemento diferencial *es el fin* que el agente se propone al realizar el acto delictuoso, y es por esto por lo que algunos códigos, cuando existe plagio lo colocan en los delitos contra la propiedad, y cuando no media fin de lucro entonces el hecho queda considerado en los delitos contra la libertad individual" ("Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal", Tomo II, página 281).

Por tratarse de una figura compleja de delito —ya se verá inmediatamente el significado y las consecuencias de tal expresión—, es por lo que como dice Manzini "es obvio, en fin, que si la demanda del precio de la liberación ha sido hecha, *nada importa,* para la noción del reato, que fuese explícita o implícita, determinada o indeterminada, hecha directamente o indirectamente, inmediatamente o después de un cierto tiempo (con tal que se haga durante el estado de cautiverio del secuestrado); que se haya o no acompañado de amenazas; que el precio sea fijado de modo preciso o se deje a elección o a la discreción de quien deba prestarlo. Ninguna importancia tienen, de la misma manera, las modalidades con las cuales el precio de la liberación debería ser remitido" (V. Manzini, "Trattato", Volumen IX, página 418).

VII *La estructura del delito complejo.*

Ya se vio cómo la tesis de la pluralidad de infracciones que integran el concurso, descansa fundamental y esencialmente sobre la consideración de la *pluralidad de sujetos pasivos,* y, consiguientemente, la pluralidad de lesiones a una pluralidad de intereses jurídicamente protegidos.

En cambio la afirmación de la unidad delictiva, se funda, esencialmente, sobre la consideración de que en la hipótesis de secuestro agravado por la obtención del provecho, *por mandato expreso de la ley,* se está en presencia de una figura *compleja* o *compuesta* de delito que, dada su especial estructura elimina la pluralidad de infracciones y las unifica en una sola *compleja.* Resulta

claro entonces, que del examen que se haga de la estructura del delito complejo se puede concluir, por eliminación, la imposibilidad del concurso, por la muy simple consideración, que hace innecesario el examen de la primera tesis, de que la estructura del delito complejo, comprende, como elemento sustancial, la lesión de varios intereses jurídicos iguales o diferentes, previstos en diversas normas del Código Penal.

El Procurador, niega la existencia del delito complejo en la legislación colombiana, o por lo menos se opone a que doctrinariamente se pueda llegar a una concepción de este específico o especialísimo delito, cuya estructura resulta de la combinación, ya de varios delitos que entran en su composición, como sus elementos sustanciales, o también, como circunstancias agravantes, porque, expresa el Delegado, que "la consideración de que un delito sea o no complejo es tarea del legislador y no del intérprete".

Es evidente, que en el derecho positivo colombiano no existe una norma como la del artículo 84 del Código Italiano vigente, en la que se contemple expresamente la llamada *infracción compleja* en donde se diga, como allá, que las normas sobre el concurso de delitos no se aplican "cuando la ley considere como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de una sola infracción, hechos que por sí mismos constituirían infracción", pero, pese a la inexistencia de una norma de semejante tenor o significado y contrariamente a cuanto piensa el colaborador, es innegable que en la legislación colombiana se presentan muchas figuras de *delito complejo.* Examinemos los casos en los cuales, la ley ha realizado tal *unificación* en un solo delito complejo, de varias infracciones penales, tomando en cuenta que tal especialidad de delito se presenta cuando un delito entra como elemento compositivo de otro, o sea, cuando un hecho delictivo que, considerado independientemente, constituiría infracción, entra a formar parte de la figura de otro, que entonces se estructura como complejo; o, también, cuando ese mismo hecho, que al ser valorado independientemente, sería delito, integra la figura compleja, no ya como elemento sustancial de otro, sino como mera *circunstancia agravante,* perdiendo entonces, y como en el caso anterior, su autonomía de hecho *ilícito independiente* para entrar a integrar una figura nueva, diferente, distinta, que es el delito complejo mediante una especie de unificación jurídica realizada directamente por la ley, y en donde la función del intérprete no puede ser otra que la de buscar y encontrar ese íntimo sentido de tal unificación.

El caso más simple de delito complejo, es el del robo (artículo 402 del Código Penal), en cuya estructura entran, como *elementos constitutivos,* hechos —la violencia a las personas, o a las cosas o a las amenazas—, que considerados por separado o de modo independiente, son integrativos del delito (artículo 298 del Código Penal o, también, respecto a la violencia a las cosas (artículo 426 del Código Penal), y el hurto (artículo 397 del Código Penal). De suerte que, no cabe duda que los elementos integrantes del delito de robo, si se los considera en forma separada, son delitos autónomos, hasta el punto de que si no existiera la norma que expresamente consagra el delito de robo, como figura compleja, ninguna duda que se estaría en presencia, no de un solo delito, sino de una pluralidad de infracciones de donde resulta igualmente, que aquí la norma que consagra el delito complejo debe considerarse como *norma especial* respecto de las que describen y sancionan los hechos que entran a formar, como elementos sustantivos, el delito complejo. En otras palabras: se estaría en presencia de un concurso aparente de normas penales, dado que las diversas infracciones que integran el delito complejo, caen dentro de la previsión de varios artículos del Código, y como no se pueden aplicar todas, incluyendo la que consagra el delito complejo, por la muy simple razón de que se estaría sancionando dos veces al sujeto *por el mismo hecho* —una vez por el delito independiente, y otra por el delito integrado (complejo), con lo que se violaría el principio universal del *non bis in idem,* debe resolverse el concurso de normas, con el principio de la especialidad (Ley 57 de 1887, artículo 5º). ¿Qué sucede en el caso del delito de *rapto con fines de matrimonio* en la hipótesis del artículo 349 del Código Penal? ¿Constituye tal infracción una figura compleja? Sin duda que sí. En primer término, hay un factor que es la violencia física o moral, delito contra la autonomía personal (artículo 298 del Código Penal), y de otra parte, siendo que el aspecto material del delito está constituido por la conducta de sustraer, retener o arrebatar a una mujer, ninguna duda que tales conductas corresponden al delito de secuestro (artículo 294 del Código Penal), pero con la consecuencia de que no existe un concurso de delitos, sino uno solo de naturaleza compleja. Igual situación se presenta en la hipótesis que se conoce como "robo impropio" (artículo 402 inciso 2º), cuando las violencias o amenazas se realizan después de

la sustracción de la cosa, es decir, después de ejecutado el hurto.

Para el caso del secuestro con fines libidinosos (artículo 351 del Código Penal), tampoco queda duda de que consistiendo la conducta en arrebatar, sustraer o retener a una persona, se presenta límpido el delito de secuestro (artículo 294 del Código Penal), integrado con el que atenta contra la autonomía personal (artículo 298 ídem).

Pero la forma más común de la *figura compleja* de delito se presenta en los casos en que *un delito,* o mejor, un hecho que considerado independientemente constituye delito, concurre a integrar uno complejo, no ya como *elemento compositivo,* sino como *mera circunstancia agravante,* caso en el cual, a diferencia del anterior, queda inmutado el título del delito base y simplemente se agrega una circunstancia cuya virtud no es otra que la de hacer variar, en más, la penal del delito base.

Así sucede, por ejemplo, en el caso del hurto con violación de domicilio (artículo 398, numeral 4º del Código Penal), en donde conservándose el *nomen iuris* del delito base, se presenta un delito complejo en cuya composición entran como elemento esencial el hurto (artículo 397) y como circunstancia agravante la violación de domicilio (artículo 302 ibídem); igual situación se presenta, por ejemplo, en la hipótesis del delito de *fuga agravado* (artículo 203 último literal), delito en el cual cuando además de la fuga, se han ejercido violencias contra las personas (delito contra la autonomía personal) o contra las cosas (delito que puede caer dentro de la previsión del artículo 426 del Código Penal).

En los dos ejemplos que se han propuesto se advierte claramente como, en el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, el elemento especializante de éste está constituido por la violación de domicilio, y el elemento que especializa la violación de domicilio, es el hurto, situación que impide el reconocimiento de un concurso de delitos y obliga a la solución del aparente concurso de normas con apoyo en el principio de *especialidad,* o también con el de subsidiariedad o con el de consunción, dado que la norma prevalente que es la especial, considera el hecho en la plenitud de su significado antijurídico, solución esta además, que obedece al postulado lógico, según el cual, la norma especial debe prevalecer sobre la general, ya que de no ser así, sería inútil, por cuanto que conteniendo la norma especial los elementos de la general, no se podría aplicar nunca.

En esta hipótesis, como lo recuerda Aldo Moro, se realiza una absorción de normas sobre la base de una reconocida suficiencia de tutela, con lo cual se evita duplicar la responsabilidad penal.

De lo expuesto, se pueden deducir varios principios, así:

1. Que para la existencia de un delito con características y estructura de complejo, no es necesaria la existencia de una norma que expresamente le dé tal denominación y lo desarrolle, pudiéndose, y debiéndose, como se ha visto, reconocer la figura compleja de delito, dado que la solución de diversos problemas de parte especial, no puede hacerse sino a través de su reconocimiento.

2. Es, del mismo modo indispensable, que una norma penal, *expresa* y *específicamente* le dé el tratamiento a un hecho delictuoso ya de elemento constitutivo, o de circunstancia agravante de otro delito. *Si no existe* esa especial previsión en la ley, no es posible configurar un reato complejo. Así, por ejemplo, no es posible, en el Derecho Colombiano, hablar de delito complejo entre la falsedad y la estafa, por la muy simple razón de que la falsedad no ha sido considerada *expresamente* por la ley como medio artificioso o engañoso.

Sin embargo, durante la transitoria vigencia del artículo 2º del Decreto 1135 de 1970 sobre "protección penal de instrumentos y efectos negociables" que fue declarado inconstitucional por fallo de la Corte de marzo 9 de 1971, se preveía una modalidad de delito complejo al considerar el artículo como circunstancia agravante de la falsedad, la obtención del provecho perseguido. La disposición que fue declarada inexequible por la Corte, decía:

Artículo 2º "El que *falsifique* o *adultere* ... un instrumento o efecto negociable con el propósito de utilizarlo en perjuicio ajeno ..., etc. Si el perjuicio *efectivamente se produce, la pena se aumentará* ..., etc.". De donde se concluye, que habiéndole quitado la ley el carácter de delito autónomo a *la estafa* (obtención del provecho, con producción del perjuicio), eliminaba la hipótesis del concurso entre los delitos de falsedad en instrumentos negociables y la estafa, modificando, de este modo, implícitamente, las normas de la parte general, relativas al concurso de delitos. Por virtud de la sentencia de la Corte, tales normas, en cuanto pueden referirse a la

falsedad en instrumentos negociables y estafa, han readquirido su vigencia.

Tampoco se dará el delito complejo en el caso del robo, por ejemplo, cuando la *violencia a la persona* excede a la que es elemento esencial del robo, para integrar otro delito, como el de lesiones personales; igual discurso para el caso del rapto, cuando la violencia engendra otro delito, o cuando se ejerce frente a un tercero, además de la víctima; no habrá delito complejo en la hipótesis de la *violación de domicilio,* si tal violación no se ha realizado para hurtar (artículo 398, numeral 4), sino para raptar, para secuestrar, para matar, etc., porque esa modalidad no ha sido prevista por la ley en forma expresa como agravante; como tampoco se dará la figura *compleja en el caso de la violación de correspondencia (artículo 304) conjuntamente con la sustracción de valores, pero sí, en cambio, cuando se realizan* todas *las conductas previstas alternativamente en la disposición del artículo referido consistentes en, "sustraer", "extraviar", "destruir" o "interceptar" una correspondencia, puesto que se trata de lo que en doctrina se conoce como* ley mixta alternativa.

Tampoco se da la figura del delito complejo en el caso de que los varios hechos integren un solo delito, por ejemplo, en la hipótesis de varias heridas que desemboquen en homicidio. Menos, desde luego, en los casos de delito continuado, o del progresivo —que tienen su propia estructura y denominación en el Código—.

3. *Para la existencia del delito complejo se requiere entonces, la existencia jurídica, y no simplemente de hecho, de una pluralidad de infracciones, a las cuales* la ley, *les ha dado el tratamiento especialísimo al calificarlas como elementos integrantes de otro delito, o como circunstancias específicas de agravación. El delito complejo, en cuanto a su estructura, no es una suma, sino una síntesis de los varios delitos que puede conformarse por la unidad del motivo determinante que estimula la conducta delictiva, por la unidad de nexo causal, o por la unidad del resultado. Por lo anterior, tampoco es reconocible la figura del delito complejo en los llamados* delitos agravados por el resultado, *a que se refieren por ejemplo, los artículos 254, 258, 261, 318, 387 inciso segundo, 396, del Código Penal, por la simple razón de que allí falta precisamente esa* pluralidad de infracciones *que es presupuesto esencial del delito complejo. Y falta esa pluralidad, porque, aun cuando se está en presencia de dos eventos o resultados, el evento que agrava el delito, no se lo puede considerar como hecho autónomo, por la fundamental razón de que en relación con tal resultado, falta el elemento subjetivo o culpabilidad, ya que la imputación del hecho se hace con base en el simple nexo de causalidad, o sea, a título de* responsabilidad objetiva.

4. *La pluralidad de bienes o intereses jurídicos tutelados, no excluye tampoco la configuración del delito complejo, cuya objetividad jurídica resulta definida autónomamente en relación con la de los delitos individuales componentes, a través del vínculo de los elementos que concurren a formar la figura compleja. El robo, por ejemplo, tutela una pluralidad de intereses jurídicos, los cuales a través de su combinación, dan lugar a una objetividad jurídica diversa y autónoma en relación con la de sus componentes, cuya tutela encuentra amplio respaldo en la norma que define y sanciona el hecho.*

Por todo lo anterior, no se pueden compartir las apreciaciones del Procurador, en cuanto, por ejemplo, afirma que la conducta sucesiva al secuestro, es decir, toda la actividad encaminada a la obtención del pago del rescate, es conducta que no puede ser "indiferente a la ley penal porque se produce (n) en circunstancias de tiempo, modo y lugar diversas a las del secuestro, se refiere(n) a otras personas y atenta(n) contra bienes jurídicos distintos al de la libertad de locomoción".

No acierta el Delegado en sus afirmaciones, por varias razones:

Primera, porque, es evidente que la ley, sí considera la actividad sucesiva al secuestro, ya que la trata como circunstancia agravante *del mismo, con la función de aumentar la cantidad de la pena que debe aplicarse. Por ello, tampoco se puede hablar de que dicha conducta quede impune, porque la ley puede sancionar un hecho ya en forma independiente, o bajo la denominación jurídica de* circunstancia, *agravante que es precisamente lo que ocurre en el caso del secuestro* agravado. *Pero, tampoco advierte el Procurador, que el secuestro es delito que se realiza bajo el estímulo subjetivo de un* dolo específico *que en la norma que describe el ilícito —artículo 293 del Código Penal—, está indicado con los clarísimos términos del actuar "con el propósito de conseguir ...* un provecho o utilidad ilícitos" *dolo específico, que es el que se toma en cuenta en otras legislaciones —la italiana por ejemplo— para sostener que, como quiera que el delincuente lo que persigue en definitiva, es causar*

un perjuicio patrimonial, a través de la obtención de un provecho ilícito, el delito debe ubicarse entre los que ofenden el patrimonio, y no solamente la libertad, ya que el secuestro apenas se presenta como un medio *para obtener* un fin *posterior que es el aprovechamiento ilícito, con perjuicio de otro.*

Lo anterior significa entonces, que el dolo específico *debe cobijar, abarcar la totalidad de la conducta, y que si no existiera la* circunstancia agravante *relativa a la obtención del provecho ilícito, no sería posible sancionar más gravemente, y por ese factor, el delito de secuestro. Es decir, que el secuestrador no quiere simplemente lesionar el derecho de locomoción, sino que, a través de la lesión de tal derecho, persigue la obtención de un provecho. Lo mismo que sucede en el caso del hurto agravado con la violación de domicilio.*

¿Se podrá pensar que el ladrón, lo único que quiere es violar el domicilio? Si así fuera, no sería posible imputarle el delito de hurto para agravarlo, porque puede suceder que en realidad, el ladrón lo único que quiera sea realizar la conducta violatoria del domicilio, y luego, —con dolo subsiguiente respecto a la primera actividad delictiva, resuelva sustraer algo. En tal hipótesis se presenta, sin duda, un caso de concurso de delitos y no uno de hurto agravado, por la simple razón de que el dolo que inspiró la primera conducta, no cobijaba también la actividad subsiguiente. De la misma manera que si alguien priva de la libertad a otro, pero sin el dolo específico de la obtención del provecho (artículo 294 del Código Penal) y luego, le surge ese fin específico, el delito cambia su denominación para convertirse en el especial previsto en el artículo 293 ibídem.

Tampoco se puede compartir la opinión del Delegado, cuando afirma, que en el caso del secuestro con la agravante de la obtención del provecho "el secuestro no recoge en su exonomía todos los elementos de la extorsión (caso del delito complejo) y por tanto permite que estas dos infracciones se den en concurso". No se trata, y existe la esperanza de que las explicacionse que se dieron sobre la estructura del delito complejo, aclaren suficientemente la cuestión, de que en él, se den, o no, todos *los elementos de una determinada figura de delito, sino que simplemente, se busca, con apoyo en una exigencia lógica del sistema y de la equidad, evitar que la responsabilidad se duplique con violación del principio del* non bis in idem, *es decir, que no se puede cargar dos veces al agente, el mismo hecho, aun cuando si éste puede asumir más de una calificación normativa. De otra parte, ya quedó dicho, en qué forma, y por cuáles razones precisamente la concepción del delito complejo, elimina la hipótesis del concurso de delitos, que es, parece, lo que el Procurador no admite. Menos se comprenden las reservas del Ministerio Público, cuando expresamente acepta que puede presentarse el error en la denominación jurídica de la infracción en el caso del concurso aparente de normas penales "cuando una pluralidad de conductas realizadas por el agente no corresponden a varias infracciones penales ... sino a una sola simple o agravada por una determinada circunstancia". No advierte el Delegado, que de eso, precisamente de eso, es de lo que se trata en el caso del llamado delito complejo. Aquí, el hecho secuestro, con obtención del provecho, corresponde a diversas figuras delictivas: por una parte, a la que describe y sanciona el artículo 293 del Código Penal, y por otra, con la consagrada en el artículo 406 del mismo estatuto (extorsión), sólo que, al proceder la Ley 21 de 1973 a dar un tratamiento* especial *a la obtención del provecho, le quitó su autonomía jurídica de delito independiente, para colocarla como* circunstancia de agravación *del secuestro que definió en el artículo 293, por la fundamental consideración de que ese delito busca esencialmente la obtención de un provecho ilícito.*

En el delito complejo, ya se anotó se está en presencia de una pluralidad *de infracciones, que no pierden su individualidad, pero sí su autonomía jurídica, integrando entonces, una unidad jurídica compleja, y se dice que pierden su individualidad como* hechos autónomos, *por cuanto no se imputan al agente como* delitos per se, *sino como elementos integrantes de la figura compleja, o como circunstancias agravantes del delito base. Y no existe impunidad de ninguna naturaleza, por cuanto el delito complejo, es, debe ser, necesariamente* más grave *que el delito simple. Se reitera, en la figura compleja, se presenta una unidad jurídica, en el sentido de que los elementos (delitos) que entran en su composición, no es que vengan* anulados *o destruidos, sino que simplemente se* reúnen, *se refunden en la figura compleja, sin transferir a ésta la propia disciplina de los hechos delictuosos que la integran, perdiendo solamente su propia autonomía. Aquello que viene reunido en una* unidad *no son propiamente las conductas individuales, sino la calificación jurídica de las mismas que vienen a integrar una unidad delictiva* por voluntad ex-

presa de la ley. *Las conductas, desde el punto de vista naturalístico, son independientes, separadas, pero desde el punto de vista jurídico representan* una unidad delictiva.

Además, nótese que si se consideran las conductas en la posición en que se encuentran en el reato complejo, puede advertirse que se presentan en tal forma, que cada una de ellas reproduce solamente una parte de aquello que según el esquema legal, es el entero proceso ejecutivo.

Así, por ejemplo, en el caso del robo, la violencia a la persona constituye la entera conducta del delito contra la autonomía personal (artículo 298) pero considerada, en cambio, como elemento integrante del delito complejo de robo, es una parte de él, ya que le falta la parte relativa a la sustracción (hurto), para que se cumpla el proceso ejecutivo pleno. Por lo que resulta claro, que la calificación de la pluralidad de conductas en el delito complejo, debe hacerse en forma unitaria, y no separadamente, porque el proceso ejecutivo del delito complejo, se cumple con la realización de todas *las conductas que entran a componerlo, no hay sino* un solo proceso *ejecutivo, y no tantos, cuantos son los delitos que lo integran.*

Ahora bien, si el delito complejo está compuesto por la combinación o fusión de varios delitos, necesariamente éste tiene que ofender una pluralidad de intereses jurídicos, *tantos cuantos estén protegidos por las normas que reprimen los delitos individualmente considerados. Igual que si son varios los delitos, deben ser varios los eventos o resultados, varias conductas, varias relaciones de causalidad, etc., pero una* unidad jurídica.

En el caso del delito complejo, el fenómeno más frecuente es el de los materiales o con resultado, en el que existen también varios resultados o efectos de la conducta, en donde es fácil distinguir un resultado principal, que es el que ofende el interés que la ley ha tomado en consideración para su clasificación en el Código. Así, en el hurto con violación de domicilio, el interés prevalente es el relativo al derecho de propiedad, como en el secuestro, será el que toca con la libertad de locomoción; en el robo, la ley ha querido que ese evento principal sea el que atenta contra la propiedad.

También, para que pueda hablarse de reato complejo *es necesario que exista la posibilidad de separar las partes o fracciones que lo integran, cada una de las cuales, considerada en forma separada o independiente, constituye delito. Por ello, no es jurídicamente posible hablar de delito complejo en la hipótesis en que no se puede hacer esa separación, porque solamente una sección del hecho es delito, como sucede por ejemplo, con la violencia carnal en que la lesión sexual, por sí misma, no es delito. Se trata, en definitiva, de un* precepto complejo *integrado o compuesto por los preceptos que consagran las figuras individuales de delito. La aplicación de ese precepto complejo, obviamente, impide que se apliquen* al mismo tiempo *los preceptos simples o individuales, porque el complejo* absorbe *los simples en cuanto que los contiene, —al contener también los diversos delitos a los cuales se refieren tales preceptos. De lo anterior, surge, en forma clarísima el fenómeno del conflicto aparente de normas penales que puede ser resuelto como se anotó mediante la utilización de uno de estos tres principios: el de especialidad* (lex specialis derogat legi generali), *que es el previsto en el derecho positivo; con el de* subsidiariedad (lex primaria derogat legi subsidiareae) ; *o con el de la* consunción (lex consumens derogat legi consumptae).

Pero si se quiere ahondar aún más en el examen de la naturaleza de delito complejo que representa la hipótesis definida en el artículo 239 del Código Penal con las reformas que le introdujo la Ley 21 de 1973, bastará con estudiar el comportamiento de los fenómenos jurídicos relativos a la tentativa (delito imperfecto) y a la coparticipación.

Es indudable que son de diverso orden, y de muy difícil solución, en muchos casos, los problemas que se presentan en relación con el fenómeno de la imperfección (tentativa o frustración) en los delitos complejos y concretamente en el que es objeto de estudio. Naturalmente, en esta oportunidad, su estudio se hace, no con la pretensión de dar pautas o soluciones teóricas a posibles situaciones que se presentan en la vida real, que ese no es, ni debe ser el fin de la casación, sino que simplemente se estudia el fenómeno para demostrar que la reforma introducida por la Ley 21 de 1973, en cuanto elevó a la categoría de *circunstancia específica de agravación* del delito de secuestro definido y sancionado en el artículo 293 del Código Penal, eliminó la posibilidad, que existía antes de tal reforma, de la configuración de un concurso de delitos (secuestro y extorsión), y creó una *figura nueva* de delito que perfectamente encaja dentro de la estructura del llamado *delito complejo,* al cual se han referido los párrafos anteriores.

Ahora, se repite, simplemente se pretende demostrar, a través del examen de los fenómenos de la tentativa y la coparticipación, que la *unidad delictiva*, se impone.

En esta materia, escribe Silvio Ranieri, también la "tentativa puede presentarse en el delito complejo. Y no solamente en la hipótesis en que varios delitos individuales se coloquen todos como elementos constitutivos, puesto que en tal caso no puede ponerse en duda que valga la norma común, según la cual *la tentativa del delito elemento constitutivo es también tentativa del entero delito complejo, dada la unidad de ésta.* Sino también en la hipótesis en que un delito sólo se ponga como elemento constitutivo y otro u otros se pongan como circunstancias agravantes. Y esto por cuanto que, si no es admisible que las circunstancias puedan dar lugar, por sí mismas a tentativa, *es sin embargo, admisible la tentativa de un delito circunstanciado.* Tanto más cuanto que, en el delito complejo, las circunstancias agravantes, que entran en la combinación de la cual deriva su existencia, no consisten en meras cualidades o relaciones personales, o en simples modalidades de la acción, etc., caso en lo que no pueden evidentemente concurrir sino en su integridad, sino en hechos capaces, por sí mismos, de constituir otros delitos. De suerte que, como éstos pueden dar lugar por sí, a tentativa, así también dan lugar a tentativa del delito complejo, en el cual entran como partes. A lo cual se puede agregar que, siendo el delito complejo, como sabemos, único, no existe dificultad alguna para admitir la tentativa, también cuando presenta entre sus componentes uno o más delitos como circunstancias agravantes, y esto en cuanto a su imperfección, o en cuanto a la imperfección del delito base" (S. Ranieri, II reato complesso, Milán, 1940, páginas 187 y siguientes).

El secuestro, en sus dos formas de simple y agravado es delito material o con resultado, y además, de conducta fraccionable, todo lo cual indica, que es perfectamente factible la hipótesis de la tentativa. Ahora, el problema importante está en determinar si es o no posible la imperfección de la conducta —tentativa o frustración—, respecto a la modalidad de un secuestro agravado, por cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 6º de la Ley 21 de 1973, tema que tiene fundamental importancia por cuanto toca con la gravedad de la sanción.

Es indudable, por ejemplo, que si se realizan los actos necesarios —proceso de ejecución, artículo 16 del Código Penal— para secuestrar a una persona y no se logra el resultado perseguido que no es otro que el de privar de la libertad a alguien, se está en presencia de una tentativa de secuestro. Ahora bien, ¿cómo se determina si se trata de una tentativa de secuestro simple o más bien de una tentativa de secuestro agravado?

Si se considera la unidad jurídica del delito base y con relación a las circunstancias que lo agravan, la situación de tentativa de secuestro agravado se presentará, en muchos casos, independientemente de que el agente haya dado principio o no a la ejecución del otro factor —circunstancia que agrava el delito—. Por ejemplo, y dada la naturaleza de material u objetiva de la circunstancia, se dará tentativa de secuestro agravado, en el caso de que se intente secuestrar a un inválido, a un menor, o a un pariente, dentro de los grados a que se refiere el numeral 7º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973. Para esos casos, *la pena básica* sobre la cual se hacen las disminuciones previstas para la tentativa (artículo 16 del Código Penal) se tomarán, no con relación a la contenida en el artículo 293 del Código Penal, sino en ésta conjuntamente con la agravante, y entonces se estructuraría un caso claro de *tentativa de secuestro agravado,* en el que la circunstancia agravante, se recoge en el delito base con el cual forma una unidad.

Ahora bien, respecto al tema central del presente fallo, habrá que examinar cómo se comporta la circunstancia agravante relativa a la obtención del provecho a que se refiere el numeral 5º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, cuando también el secuestro que es el delito base, ha quedado en la etapa de la simple tentativa. La cuestión que surge de inmediato es la de establecer si se está en presencia de un delito tentado de secuestro simple (artículo 293 del Código Penal) o de un delito tentado frente al cual puede predicarse la agravante indicada. Es la misma situación que se presenta por ejemplo, en el caso del delito de robo frente a las circunstancias agravantes previstas en el artículo 404 del Código Penal con relación al escalamiento, al uso de llaves falsas o ganzúas, etc., en donde la pregunta que surge de inmediato, es la de determinar si para la contabilización de la agravante, es o no necesario también el principio de ejecución, igual que para el delito simple. Es incuestionable que por la razón de la unidad del delito integrado con la circunstancia, bien puede deducirse la existencia de ésta, con apoyo en los datos que resulten del proceso de ejecución del delito base. Si por ejemplo, el autor del robo ha

sido sorprendido cuando portaba una escalera, o una zoga, o cualquier elemento que sirva para indicar que buscaba la ejecución con un medio que la ley expresamente considera como agravante, será perfectamente posible la estructuración de una modalidad imperfecta agravada. En el caso del secuestro, la regla debe ser igual. Si se demuestra claramente que el agente que intentó secuestrar a una persona lo hizo con el propósito de buscar un provecho ilícito, no se ve por cuál razón, también como en el caso anterior, no se puede configurar una situación de delito de secuestro en el grado de tentativa agravado.

Lo anterior está a indicar que para la comprobación de los elementos que tipifican la tentativa —idoneidad de la conducta, univocidad de los actos—, tales factores deben deducirse claramente de los que resultan del delito base que quedó en la etapa de la imperfección. Será labor del juez, establecer, a través de los diversos medios de prueba, la existencia o razón última del propósito que perseguía el agente cuando intentó el secuestro de su víctima, —por la simple razón de que los elementos esenciales de la tentativa relativos a la idoneidad de la conducta y a la orientación subjetiva de los actos —univocidad—, deben valorarse en relación con el momento consumativo del delito, que en este caso especial está integrado con la agravante, y no con una fase antecedente. Es decir, que en la hipótesis de imperfección del secuestro, cuando concurra la agravante específica del numeral 5º, deberá realizarse una valoración integral de la conducta frente a los factores propios de la tentativa relativos a la univocidad de los actos y a la idoneidad de la conducta, cuyo examen debe ser *integral,* de tal modo que pueda afirmarse que se está en presencia de una tentativa de *secuestro con fines de lucro,* para atender a la naturaleza compleja de la infracción, y poder explicar entonces, por qué razón no es posible configurar una situación de concurso.

Sin embargo, y para que las diversas situaciones que se puedan presentar tengan soluciones acorde, debe considerarse también el caso de que el delito base —secuestro—, haya tenido plena ejecución, pero el agente, pese a haber actuado con el propósito de conseguir el provecho o utilidad ilícitos, no lo logró, por razones que estuvieron por fuera de su control. En tal hipótesis, sería absurdo afirmar la existencia de un concurso de delitos: el de secuestro consumado y la calificación jurídica que habría que dar a los actos posteriores al mismo, que no puede ser otra que la de extorsión en el grado de tentativa. De donde resultaría, que el delito de secuestro con fines de lucro, que ha quedado en la fase de la tentativa, sería sancionado más gravemente que el consumado, porque entonces, se eliminaría el concurso y entraría a funcionar la agravante tal como ha quedado explicado.

Para evitar estas incongruencias no existe solución distinta a la de aceptar, que en el caso en que por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (artículo 16 del Código Penal), éste no consiguió el fin que buscaba con la ejecución del secuestro, que no era otro que el de obtener un provecho o utilidad ilícitos, debe entenderse, que tales actos quedan absorbidos en el delito medio o delito base que es el de secuestro, dado también, que, jurídicamente no es posible configurar una hipótesis de *tentativa de circunstancia,* razón por la cual habría que calificar como de *tentativa de extorsión,* los actos encaminados a la obtención del provecho, que es precisamente el caso que se ha sometido a la decisión de la Corte en este proceso, —en el que la actividad— de los incriminados se ha calificado como de *secuestro consumado* en concurso material con *tentativa de extorsión.*

Pero como la ley ofrece otras alternativas para solucionar estas aparentes contradicciones, habrá que buscarlas. Entonces, para que no se predique la impunidad de los actos ejecutados con posterioridad al secuestro y a través de los cuales se perseguía la obtención de un provecho o utilidad ilícitos —fin último del secuestro—, actos a los cuales, como se anotó, no se les puede dar el calificativo de tentativa de extorsión por el absurdo a que conduce, deberán por tanto valorarse como factores de peligrosidad (artículo 37 del Código Penal), título que autoriza al juez para realizar una consideración respecto a la pena básica acordada para el delito, con lo cual se elimina la posibilidad de que queden sin sanción alguna.

Así por ejemplo, tales actos posteriores a la consumación del secuestro, pero que no han tenido plena realización, pueden calificarse como factores de mayor peligrosidad con respecto a los numerales 3º, 5º, 9º y 12 del artículo 37 del Código Penal, que son, entre otros, los que admiten una calificación que se acomoda, con mayor precisión, a la razón propia de la agravante. De esta forma, queda plenamente garantizada la punibilidad de tal conducta, sin la versión de la tentativa que crea tan serias dificultades.

Tampoco habría incompatibilidad alguna respecto al impedimento jurídico que se desprende

de la redacción del artículo 37 del Código Penal en el que dice, que esas circunstancias se valoran como de mayor peligrosidad, cuando la ley no las ha considerado como modificadoras o elementos constitutivos del delito, porque tal ulterior calificación debe referirse a los casos en los cuales, si la expresión es permitida, la circunstancia modificadora, *se ha consumado,* es decir, cuando el hecho base más la circunstancia modificadora, han tenido plena realización, y no para el caso de que exista el hecho principal, pero no la circunstancia modificadora en su plenitud.

La ley lo que ha querido al hacer esa expresa reserva respecto al significado de las circunstancias de peligrosidad, es evitar una duplicación de la responsabilidad, es decir, que no se las puede valorar dos veces: una, como circunstancia de peligrosidad, y otra, como circunstancias modificadoras o como elementos del delito. Esa incompatibilidad, se reitera, solamente se presenta cuando la circunstancia *modificadora* de la responsabilidad ha tenido plena realización, pero no, en el caso contrario. De modo que no se ofende en forma alguna el pensamiento consignado en dicho artículo, con la tesis que ahora se ofrece para dar la única solución jurídica al caso en estudio.

Finalmente, téngase en cuenta que la ley habla del fin o propósito de obtener un "provecho o utilidad ilícitos", es decir, provecho o utilidad a la que no se tiene derecho alguno. ¿Entonces, la ilicitud del provecho debe predicarse de la *conducta final* que lo persigue, o de la totalidad del proceso ejecutivo, incluyendo, desde luego, el mismo secuestro? Es indudable que la ilicitud de la indebida exigencia no puede medirse, calificarse, vincularse exclusivamente a la actividad desarrollada por el agente con posterioridad al secuestro que es la manifestación más clara y evidente de la coacción, como medio para la indebida exigencia.

En síntesis, es incuestionable que el proceso ejecutivo del delito complejo, y específicamente del de *secuestro agravado,* que tal es, se cumple a través de la exteriorización o manifestación de diversas conductas ejecutadas por uno o varios sujetos, dirigidas a un único resultado final, que no es otro que la obtención de un provecho o utilidad ilícitos, cuya obtención consuma el delito y agrava la sanción. El proceso ejecutivo puede cumplirse mediante la producción o causación de diversos eventos o resultados secundarios, que no son, en forma absoluta, autónomos o independientes sino al contrario, están unidos por una relación de coeficiencia causal que los llevan a integrar una *serie causal,* en cuya cohesión entra, como factor fundamental el motivo final (dolo específico) al que hay que vincular ese resultado final que es el producto de su total colaboración. Todos los actos preparatorios, ejecutivos y consumativos, del delito, están vinculados o ligados por un nexo de causalidad que se puede identificar perfectamente y el cual busca un resultado final que es el que coincide con el agotamiento del hecho ilícito.

Ahora, respecto a la coparticipación de personas en el delito complejo, según lo explica Ranieri, este "puede ser antecedente a la iniciación de la conducta ejecutiva, como en la hipótesis de la determinación (artículo 19 del Código Penal) o de la investigación, o simultáneo con la conducta ejecutiva, como en la hipótesis de la coejecución o de la cooperación inmediata (artículo 19 ídem), o también sucesiva a la consumación del delito con tal de que, en este último caso, sea dependiente de un acuerdo o de un entendimiento antecedente. De otra manera, se presentaría una figura delictuosa diferente (encubrimiento o receptación), puesto que si el concurso debe ser en el delito, no puede darse concurso en éste cuando ya se ha agotado. Siendo el reato complejo un reato solo, en el cual se encuentran fusionados varios delitos individuales, no ocurre para que se dé el concurso a delinquir, participar en todos los actos que lo componen, sino que basta participar en uno de ellos para que la participación pueda ser en la totalidad" (S. Ranieri, op. cit., página 218).

Naturalmente que la problemática de la coparticipación o concurso eventual de personas en un delito complejo, y concretamente en el de secuestro con fines de lucro, no se agota en estas simples afirmaciones. Arduos, y muy difíciles son los problemas que pueden presentarse, más si se tiene en cuenta que nuestro estatuto penal resolvió la materia de la coparticipación en apenas dos artículos de la Parte General, habiendo destinado también, solamente dos normas, a la complicada cuestión de las circunstancias y su comunicabilidad.

Lo evidente es entonces, y debe ser principio que se afirma con el mayor énfasis, que para que se dé el fenómeno de la coparticipación en cualquiera de las dos formas que con tanta falta de técnica describe el estatuto penal, no es necesario que el copartícipe haya participado en la *totalidad* del proceso ejecutivo del delito de secuestro-agravado con fines de lucro, si se ha demostrado

que la adhesión de su voluntad fue con relación al entero proceso del delito. Es decir, que una persona puede responder de la *totalidad del delito* (secuestro agravado consumado), y naturalmente el grado de su responsabilidad deberá deducirse de la pena imponible al autor, habida consideración de la circunstancia objetiva de agravación aun cuando su cooperación, no se haya cumplido sino en los actos posteriores al secuestro, siempre, claro está, que se demuestre la necesaria adhesión —y no precisamente el previo acuerdo de voluntades— al delito, en su integridad.

Es el caso expresamente legislado en el Código Italiano de 1889 (artículo 411) con relación a los llamados *portadores de mensajes,* a quienes expresamente se los consideraba como cooperadores en el delito de "ricatto", y cuya especial previsión fue suprimida en el Código de 1930, porque se consideró con muy buenas razones, que era superflua, dado que la actividad de tales *portadores de mensajes* encajaba perfectamente dentro de las previsiones legales relativas al concurso eventual de personas en el delito, igual que en el Código Colombiano (artículos 19 y 20).

En conclusión, el delito de secuestro —agravado por los fines de lucro, que al decir de Giuratti, es "una situación de esclavitud, sin otra esperanza de liberación que el beneplácito de los malhechores", no es otra cosa que una modalidad de la extorsión caracterizada por el medio coercitivo utilizado por el delincuente, el cual resulta ser más grave, y que consiste en la privación de la libertad del sujeto pasivo con el específico fin de poner precio a su liberación. Esa característica fundamental que impulsa y estimula *todo el proceso* del delito, que es el de comerciar con la libertad del secuestrado, es uno de los factores que más decisivamente intervienen para la configuración de la *unidad* del delito, que no permite que se lo despedace en diversas secciones, porque si bien son varias las que entran a formarlo, su unidad resulta jurídicamente monolítica.

En esta modalidad de la delincuencia, el agente priva de la libertad a la víctima, con el único propósito de lesionar sus intereses patrimoniales, colocándola en la alternativa angustiosa de satisfacer las exigencias del secuestrador, pagando o entregando una cantidad de dinero, o realizando un acto cualquiera de disposición patrimonial, a título de rescate, o sea, como contraprestación, como precio de su liberación. De este modo, se advierte, en la forma más clara, como con el secuestro se crea en la víctima un irresistible motivo determinante para la satisfacción de la ilícita exigencia. Es por ello por lo que no resulta impropia la ubicación de este delito dentro de los que ofenden el patrimonio económico.

VIII *Examen de las normas definidoras del delito de secuestro con fines de lucro.*

El artículo 293 del Código Penal, ha sido modificado en dos aspectos fundamentales: en cuanto a la gravedad de la sanción, y en cuanto al reconocimiento de circunstancias específicas de agravación.

Originalmente estaba prevista como sanción para el secuestro con fines de lucro, una pena que oscilaba entre uno y siete años de presidio, posteriormente, la Ley 16 de 1969 en su artículo 13 aumentó la sanción colocándola entre los 5 y los 10 años de presidio, pero sin que se hubiera hecho referencia a ningún tipo de circunstancias.

Más tarde, vino la Ley 21 de 1973 que, le introdujo modificaciones fundamentales así: primero, aumentó nuevamente la pena imponible de 6 a 12 de presidio, y, fundamentalmente, hizo una elaboración completa sobre el punto relativo a las circunstancias modificadoras *de la responsabilidad, con lo cual, alteró también y en forma sustancial, el asunto relativo a la posibilidad del concurso de delitos. Es incuestionable que antes de la vigencia de la Ley 21 de 1973, era perfectamente factible la existencia de un* concurso material *de delitos (artículo 33 del Código Penal) entre el secuestro con fines de lucro, y la extorsión, por ejemplo. Después de la vigencia de la ley, como ha sido anotado, al quedar reglamentado el fenómeno de la obtención del beneficio, como mera circunstancia material u objetiva específica de agravación, se creó una figura de delito complejo, que hace imposible tal concurso.*

Sin embargo, por la jurisprudencia, se viene afirmando la teoría de la —pluralidad de delitos— secuestro y extorsión, inclusive, como en la sentencia de la Corte que se citó, entre secuestro agravado *y extorsión, con apoyo en una interpretación exegética de la ley, en el sentido de que si la lesión patrimonial ha sido causada a persona diversa del secuestrado, subsiste el concurso de delitos, en caso contrario, se estaría frente a un solo delito.*

Es principio de hermenéutica, el que la ley no emplea palabras inútiles, entonces, de acuerdo con la interpretación de la Corte, habría que afirmar la existencia de la pluralidad de delitos, no

solamente en ese caso, sino en los demás en los que se pueda demostrar la presencia de dos sujetos pasivos, que es precisamente el 'argumento aquiles" que se esgrime en contra de la unidad delictiva. Con la misma razón habría que decir, por ejemplo, que en los siguientes delitos, puede darse el concurso, cuando hay pluralidad de ofendidos:

1. En la concusión (artículo 156 del Código Penal) delito en el cual la norma dice, que el funcionario que con abuso del cargo o de la función constriñe o induce a alguien *a que le dé o le prometa dinero o cualquier otra utilidad; por tanto, si uno es el sujeto constreñido o inducido, y otro el perjudicado, habrá concurso, con la tesis de que uno es el sujeto pasivo del constreñimiento y otro el de la lesión patrimonial.*

2. Igual situación se presenta en el caso definido en el artículo 157 del Código Penal, porque, uno puede ser el sujeto pasivo del constreñimiento o de la inducción, y otro, el que ilegítimamente paga el impuesto, rédito, renta, etc.

3. Igual situación para el caso del artículo 159 del Código Penal, porque uno puede ser el sujeto que está en error, y otro el que sufre la lesión patrimonial.

4. Lo mismo en la extorsión (artículo 406); o en la estafa (artículo 408); en el del hurto (artículo 397), aun cuando aquí se habla expresamente del "dueño"; en el del robo (artículo 402), etc., hipótesis en las cuales jamás se ha tomado en cuenta esa situación para afirmar la existencia de un concurso de delitos.

Pero es que como la hermenéutica enseña que debe interpretarse el Código en forma sistemática, cuando la ley, al definir un delito quiere hacer referencia al perjudicado con la conducta ejecutiva, así lo expresa.

Véanse sino los siguientes delitos: el descrito en el artículo 411 del Código Penal que expresamente se refiere a los "efectos jurídicos que lo perjudiquen*"; el contenido en el artículo 415, que se refiere a la firma de folio en blanco, en donde se habla de "efectos jurídicos* en perjuicio de quien lo firmó*"; el caso de la quiebra (artículo 419), que habla del* fraude a sus acreedores, *caso en el que habría que interpretar extensivamente la norma, por ejemplo, para dar cabida en el grupo de acreedores del comerciante quebrado, al Fisco; igual que en el artículo 420, en donde no cabrían, por ejemplo, los herederos del quebrado; la misma situación se presenta en la hipótesis del artículo 421 en donde se habla del "propósito de perjudicar* a sus acreedores*", etc., etc.*

De lo anterior, se deduce, con meridiana claridad, que en los casos en que la ley ha querido distinguir la orientación clara y precisa del perjuicio, lo ha hecho, debiendo el intérprete, en tales casos, atenerse más al texto de la ley, que a sus propias impresiones.

Los artículos 293 y 294 del Código Penal fueron sustancialmente modificados por la Ley 21 de 1973, no sólo en cuanto a la mayor sanción acordada para la infracción básica, sino principalmente, en cuanto que se previeron circunstancias *específicas de agravación.*

El precepto del artículo 293 es sustancialmente igual al del texto original, sólo que se agregó el inciso segundo, en el que, primeramente la ley previó una hipótesis sui generis *de desistimiento, cuando se refiere al caso en que se deja espontáneamente en libertad al secuestrado, sin que se haya pagado, rescate. Luego, dice la norma, refiriéndose a esta específica modalidad del desistimiento, que la menor sanción se impone, a condición de que en el hecho "no concurran* las circunstancias de agravación *establecidas ..., etc.", es decir, que desde ya, se da el tratamiento jurídico de* circunstancias *a ciertos hechos que, por lo mismo, no pueden tomarse como* delitos, *porque la ley ha querido que sean meras* circunstancias.

Luego, la Ley 21 de 1973 dispuso que la pena *para los delitos definidos en los artículos 293 y 294 del Código Penal "se* aumentara *... en las* circunstancias *siguientes ...", al enumerarlas, se repite, quiso la ley que fueran meras* circunstancias *y no* delitos autónomos, *con lo cual, en ciertos casos, como en el que es objeto del presente fallo, creó una figura compleja de delito, eliminando la hipótesis de concurso.*

Entonces, a los hechos definidos en los siete numerales del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, no se les puede dar el tratamiento ni de elementos esenciales *de los delitos descritos en los artículos 293 y 294 del Código Penal, a los cuales se refieren, ni menos, el carácter de* delitos autónomos, *sino el más simple que ha querido darles la ley, de modestas* circunstancias específicas de agravación *en las dos modalidades de secuestro.*

En doctrina se hace una clara y pacífica distinción entre los elementos esenciales del delito y los accidentales, considerando que los primeros, como claramente resulta de su denominación, son aquellos que constituyen la esencia *del delito, sin*

los cuales el delito no podría subsistir. Tales elementos esenciales se distinguen a su vez en generales y especiales *según que su presencia sea esencial a todos los delitos o solamente a alguna categoría.*

Los elementos esenciales generales, *según el criterio prevaleciente en la doctrina, sobre el cual no es la oportunidad de hacer un pronunciamiento, son tres: el hecho, la culpabilidad y la antijuridicidad, es decir, el elemento material u objetivo, el elemento subjetivo, y, finalmente, un elemento* jurídico. *Estos elementos esenciales pueden tener una variación o un especial significado en ciertos delitos, como por ejemplo en los llamados propios o especiales. Los* elementos accidentales *del delito, son entonces aquellos que no constituyen su esencia, en cuanto que el delito puede subsistir aún sin su presencia, y cuya función no es otra que la de modificar, en más o menos, la gravedad del hecho ilícito. Tales elementos, son entre otros, las llamadas* circunstancias *en sentido propio, agravantes o atenuantes* (accidentalia delicti).

La circunstancia tiene pues una naturaleza esencialmente secundaria, accesoria, puesto que su existencia depende de la del delito al cual accede. No puede existir entonces un delito circunstancia, *pero sí un delito en el que concurran circunstancias que puede denominársele* delito circunstanciado, *o como mejor resulte al lenguaje español. El delito en el que no concurren circunstancias de ningún género, será un* delito simple *como era el secuestro con fines de lucro, antes de la expedición de la Ley 21 de 1973.*

Las circunstancias del delito, en definitiva, lo que hacen es recoger sus manifestaciones, los modos, los medios, lugares, todos aquellos factores accidentales del delito que pueden tener en un cierto momento significado para hacer una valoración más ajustada a la realidad del delito y poder cumplir el principio de la individualización de la pena, y que el juez pueda hacer una valoración más cierta de la realidad, a fin de que ejerza también, mejor el poder discrecional *que le otorga la ley. Las circunstancias no cambian* el título *del delito, su presencia no hace variar sustancialmente la imputación, como sí acontece, por ejemplo, con el fenómeno del concurso de delitos.*

De igual manera, tampoco se presenta el fenómeno del concurso de circunstancias *en el sentido de que puedan aplicarse conjuntamente las* específicas *contenidas en el artículo 6º de la Ley 21 de 1973 con las de "mayor peligrosidad" consagradas en el artículo 37 del Código Penal, porque la norma expresamente dispone que son incompatibles, cuando las que se toman como de mayor peligrosidad, han sido calificadas por la ley, como* modificadoras *o como elementos constitutivos del delito.*

Siendo pues, que la Ley 21 de 1973 consideró varias de tales circunstancias como modificadoras del delito de secuestro (artículos 293 y 294 del Código Penal), no se pueden aplicar, dándoles el valor de modificadoras, y, al mismo tiempo, de mayor peligrosidad.

Tal ocurre, por ejemplo, con la circunstancia modificadora *de la responsabilidad relacionada con la situación de ser inválido o mayor de sesenta y cinco años la víctima del secuestro. Esta circunstancia modificadora es incompatible con la de mayor peligrosidad a que se refiere el artículo 37, numeral 7º del Código Penal. La circunstancia modificadora relacionada con las torturas morales o materiales, es compatible también, con la descrita en el numeral 12 del artículo 37 del Código Penal. El aspecto relativo al parentesco a que se refiere el numeral 7º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, es incompatible con la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 4º del artículo 37 del Código Penal. En cambio, pueden concurrir, por ejemplo, la circunstancia de mayor peligrosidad —numeral 5º, artículo 37 del Código Penal relativa a la preparación ponderada del delito, o a la del numeral 9º del mismo artículo relacionada con la complicidad previamente concertada, por la simple razón de que ellas no han sido calificadas de modo diverso por la ley—.*

Puede, finalmente, darse un concurso de delitos entre el secuestro consumado y el homicidio, por ejemplo, siempre que no se presente la hipótesis a que se refiere el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973. Concurso de delitos con el robo, cuando el secuestrador luego del secuestro, despoja violentamente a la víctima de sus pertenencias, concurso de delitos con el de violación de domicilio (artículo 302 del Código Penal); con el de estafa (artículo 408), cuando por ejemplo, se solicita el pago de un rescate que ya ha sido cubierto, o cuando habiendo muerto el secuestrado, se exige el pago de un rescate que es imposible, fingiendo, desde luego, que el secuestrado aún vive, caso en el cual concurrirá con el homicidio.

Puede concurrir con el delito de lesiones personales, dado que la ley no ha hecho expresa graduación de la violencia a las personas, cuando

ha sido este el medio utilizado por el agente para realizar el secuestro, y tal violencia llega a configurar un delito de tal naturaleza. De igual manera, no subsistirá la agravante relativa a las torturas *materiales o morales, cuando tales torturas lleguen a constituir un daño grave en el cuerpo en la salud de la víctima, capaz de configurar un delito de lesiones personales, esto, por la misma consideración de que la ley no ha determinado el grado que deben tener las torturas para que sean meras* circunstancias *agravantes, y no delitos autónomos. En cambio, no se presenta el concurso de delitos, por ejemplo, en relación con el hecho previsto en el artículo 254 del Código de Justicia Penal Militar —uso indebido de prendas o uniformes militares—, en el caso de que tal uso haya servido como medio para la simulación de la autoridad, por ejemplo, ya que en tal evento, el delito quedará absorbido por la calificación de* circunstancia agravante, *que le da la ley. Igual, para el caso de la falsedad en documentos, cuando por ejemplo, el agente del secuestro exhibe una falsa orden de autoridad que ha servido apenas como medio para la consumación del secuestro.*

El literal 5º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, cuya interpretación ha originado las discrepancias, dice:

"La pena establecida ... se aumentará ... en las circunstancias siguientes:

5º Si se obtiene *el provecho o utilidad ilícitos* previstos en el artículo 4º *de esta ley. Cuando el provecho sea de* carácter económico, *la elevación de la pena* se graduará *según* la cuantía *o* el perjuicio *ocasionado a* la víctima *de acuerdo con sus condiciones económicas".*

Varias consideraciones merece el texto transcrito. Ante todo, que la obtención del provecho no es elemento esencial *del delito de secuestro, sino apenas una circunstancia modificadora específica de la responsabilidad, lo cual significa que el secuestro se consuma, independientemente de que el secuestrador haya obtenido el provecho económico que buscaba con su delito. Delito de dos actos atrofiados, en la expresión de Binding.*

Luego, que el provecho o utilidad ilícitos que se persiguen con el secuestro, no es necesariamente de naturaleza económica, por lo que puede ser moral, político, afectivo, etc.

Sin embargo, la ley no podía apartarse de la realidad que debe ser la inspiración del derecho, y por ello, pese a que ubicó el delito de secuestro entre los que atentan contra la libertad individual, tuvo que admitir, que en la esencia, aquello que viene lesionado es un interés eminentemente patrimonial. Esa es la explicación para que en cuanto a la graduación de la pena, hubiera tomado aspectos puramente patrimoniales —como la cuantía del perjuicio y la consideración de las condiciones económicas de la víctima— exactamente el mismo tratamiento, y los mismos factores que toma en cuenta en relación con los delitos contra la propiedad.

Así, por ejemplo, en cuanto al delito de hurto, ordena el artículo 399 del Código Penal, que la sanción se aumentará, tomando en cuenta la cuantía *de lo hurtado y los* perjuicios ocasionados a la víctima. *Igual disposición se toma en los artículos 400 y 401 del Código Penal. En este último se dispone, en tema de delitos* contra la propiedad *que las penas se graduarán, tomando en consideración, entre otros factores, el relativo a* la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus condiciones económicas, *exactamente lo mismo que se dice respecto del delito de secuestro con propósito de lucro. Igual disposición acuerda el Código en relación con los delitos de estafa (410, Código Penal) y abuso de confianza (414 ibídem).*

Y doctrina y jurisprudencia están acordes en considerar, que ni la cuantía de la lesión patrimonial, ni la gravedad del perjuicio ocasionado a la víctima de un delito contra la propiedad (artículo 401 del Código Penal), ni menos la circunstancia de que la víctima del daño patrimonial sea distinta de la que se coloca como objeto material de la conducta, pueden ser factores relievantes, capaces de constituir por sí mismos, delitos autónomos que generen una modalidad de concurso, sino que, apenas se les ha dado el tratamiento que les confiere la ley, que no es otro que el de simples circunstancias específicas de agravación de la responsabilidad en cada delito. No se ve claro entonces, por cuál razón, verdaderamente fundamental, se pretenda hacer una interpretación diversa si, como ha quedado demostrado, la ley, en definitiva, lo que quiso fue amparar con pena más grave, un derecho de exquisito sabor patrimonial.

Menos valedero es el argumento relativo al examen gramatical de la disposición al referirse ésta al perjuicio ocasionado a la víctima, *cuando se sostiene que la ley ha hecho una distinción entre "víctima" del secuestro, y "víctima" de la lesión patrimonial. Si el delito de secuestro consiste esencialmente en privar a alguien de la libertad de locomoción, y a esa persona privada de*

su libertad, se le exige el pago de un rescate, se le coloca en el dilema de pagar o quedarse privada de la libertad, ¿quién será la víctima a la cual se refiere la ley: el secuestrado o sus parientes y amigos? ¿Por qué razón se repite, en el caso de los delitos contra la propiedad no se hace la misma distinción entre sujeto pasivo de la conducta o del delito, y perjudicado con el mismo, para afirmar la existencia de un concurso de delitos? Es que la distinción es más aparente que real.

El secuestro, como la violencia en el robo, no es más que un medio para consumar el delito.

La Corte, en dos oportunidades, y con posterioridad a la vigencia de la Ley 21 de 1973, afirmó que las previsiones de dicha ley simplemente habían configurado una hipótesis de agravación que naturalmente, eliminaba el concurso de delitos.

En casación de 31 de enero de 1974 expresamente afirmó que "el propósito de conseguir para sí o para otro, un provecho o utilidad ilícitos, no es sino una agravante del delito de secuestro, *consagrado originalmente por el artículo 293 del Código Penal y reproducido por las normas posteriores, entre ellas, el artículo 4º de la Ley 21 de 1973", y esta misma tesis se repitió, en la casación de julio 4 del mismo año de 1974.*

Resuelto el tema central de la cuestión planteada por los recurrentes, deberá examinarse la incidencia de la tesis que ahora se afirma, sobre la unidad delictiva, en relación con el proceso que se estudia. Como se recordará, los tres demandantes están acordes en afirmar que el Tribunal erró al calificar como concurso de delitos —secuestro y extorsión—, hechos que apenas originarían una situación de secuestro agravado. Es decir, que los demandantes aceptan la realidad de los hechos, pero discrepan en cuanto a su calificación jurídica. Los actores han formulado sus cargos al amparo de la causal cuarta de casación —nulidad por errónea calificación del delito—, y también con apoyo en la causal primera, cuerpo primero de las consagradas en el artículo 580 del Código Penal —violación directa de la ley sustantiva, por aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal, por cuanto se dio a un hecho el valor de delito autónomo, cuando la ley le ha dado un tratamiento diverso que es el de mera circunstancia específica de agravación—.

I. *Causal cuarta.* El cargo se apoya en lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se afirma que al calificar los hechos como integrantes de dos delitos —secuestro y extorsión—, se incurrió en un error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción. Respecto a los alcances de esta norma, ha dicho la Corte en reiterados fallos, que tal error, constitutivo de nulidad, se refiere a la calificación genérica que del hecho punible hace el juzgador en la parte resolutiva del auto de proceder, bien porque en ésta 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.

En otros términos —dice la Corte—, lo que la ley sanciona como nulidad es 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 corresponda, 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, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable. Así se precisa con toda nitidez el bien jurídico lesionado y el ámbito de la acusación, preservándose por igual, en un justo equilibrio los intereses de la sociedad y del procesado (casación de mayo 15 de 1974).

En el presente caso, a la privación de la libertad del ciudadano Antonio Barreneche Posada, por obra de varios sujetos, que luego de perpetrado el secuestro se dedicaron a hacer exigencias económicas a su pariente, ha sido calificado como delito de secuestro en concurso con tentativa de extorsión, y con base en tal calificación se dictó la sentencia de condena impugnada. Los recurrentes, afirman que la calificación ha debido ser de simple secuestro, y si por caso, tomando los hechos posteriores, no como tentativa de extorsión, sino como modalidad agravada del delito base. En definitiva, y ahí está el punto fundamental, la discrepancia no se refiere al *nomen juris* de la ilicitud, sino al diverso valor o significado atribuidos por el Tribunal a la conducta posterior al secuestro, que unos quieren sea delito *per se* y otros, mera circunstancia agravante de la responsabilidad. De modo que, la denominación jurídica no varía sustancialmente por cuanto que si la calificación correcta es la de secuestro agravado, en cambio de la de se-

cuestro en concurso con la extorsión, la calificación que se haga del delito conjuntamente con la agravante, recoge, aunque con diverso valor en cuanto a la responsabilidad, el mismo hecho. Queda claro entonces, que no se presenta en este caso la situación prevista en la ley y elevada a causal de nulidad, por cuanto no se puede hablar técnicamente de error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, porque, se repite, cualquiera que sea la calificación que se dé a la ilicitud, recoge, aunque con diverso valor, la hipótesis definida en la ley.

El cargo, por este aspecto, no prospera.

II. *Otros cargos por nulidad.* El mismo apoderado de Virgilio de J. Monsalve formuló dos cargos más al amparo de la causal cuarta de casación. Uno, relacionado con la forma como fue interrogado el procesado, y en cuanto "no se le preguntó en forma clara, directa y detallada, sobre los hechos que fueron denunciados por don Félix Antonio Barreneche Posada ... los que motivaron la convocatoria del Consejo Verbal de Guerra ...", con lo cual se habrían violado las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 26 de la Carta.

El Procurador, al responder el cargo, lo hace con precisión, amplitud y claridad que eximen a la Corte de un examen más profundo.

III. El otro cargo que habría ocasionado nulidad constitucional es el relativo a la designación, por parte del procesado de un apoderado que lo fue el Capitán (r) Gilberto Betancur, quien no fue aceptado por el Instructor por carecer del título de abogado, situación que menoscabó los intereses del sindicado, con el resultado de la nulidad supralegal alegada "pues su juzgamiento no se ajustó a derecho". Sobre el particular, debe tenerse en cuenta, que el Capitán Betancur interpuso recurso de reposición contra el auto que le negó personería, y al mismo tiempo, y sin esperarse a los resultados de su petición, el de apelación. El Instructor, no repuso el auto, y en cambio, concedió la apelación con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil aplicable al Procedimiento Penal por virtud de lo dispuesto en el artículo 194 de este último. De todos modos, el recurso de apelación indebidamente concedido, no se le dio trámite por la circunstancia de que el proceso pasó, por levantamiento del estado de sitio, al Tribunal Superior de Medellín, y allí hubo sustitución de apoderados.

Sobre el particular el Procurador afirma que no se menoscabaron los intereses del procesado, entre otras razones, porque la designación del capitán Betancur como apoderado del sindicado, se produjo en la etapa instructiva, y antes del pronunciamiento de la resolución de convocatoria al Consejo Verbal de Guerra, decisión que por ser de mayor jerarquía, habría convalidado cualquier irregularidad menor que se hubiera producido en el sumario. De otra parte, la no tramitación del recurso de apelación, tampoco puede generar la nulidad alegada.

IV. Los defensores de los procesados Edilberto Pino y José Guillermo Navarrete, censuran la sentencia del Tribunal también con apoyo en la causal cuarta alegando que dentro del Consejo Verbal de Guerra, no se practicaron algunas pruebas (careos) solicitadas por los apoderados al término de la etapa de instrucción.

El Procurador demuestra fehacientemente la inconsistencia de los cargos, por lo que la Corte se remite a dichos planteamientos.

Causal segunda. El apoderado de Virgilio de J. Monsalve con apoyo en la causal segunda de casación, censura la sentencia porque la "recurrida está en desacuerdo con el veredicto del jurado. Expresa el demandante, que en los cuestionarios sometidos a los vocales, no se les interrogó sobre las circunstancias agravantes consagradas en los numerales 2º, 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973", pero que como el *ad quem* teniendo en cuenta que "se trata de un secuestro agravado, pues ... se cometió en una persona mayor de 65 años (numeral 2º), los secuestradores estaban disfrazados y se utilizaron armas (numeral 4º) y la privación de la libertad se prolongó por más de quince días (numeral 6º), le aumentó la pena en tres años (folios 519 y 522), literal h), profirió entonces, la sentencia materia del recurso en desacuerdo con el veredicto del jurado".

El Procurador Segundo rechaza el cargo considerando, que al referirse el artículo 6º de la Ley 21 de 1973 a ciertas circunstancias "no se trata ... de circunstancias que influyen en la responsabilidad penal de los agentes sino en la sanción cuya aplicación, como es sabido, corresponde a los jueces de derecho y no a los jueces de hecho, según lo prescrito en el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a la Justicia Castrense".

En la resolución que convocó el Consejo Verbal de Guerra (folio 290), se dispuso que se juzgaría a los incriminados "por los delitos de secuestro, extorsión y lesiones personales", y en los tres cuestionarios que en forma separada se

propusieron a la consideración de los vocales y que estos contestaron en forma afirmativa y por unanimidad, se preguntó por la responsabilidad de Virgilio de J. Monsalve sobre los delitos de lesiones personales, tentativa de extorsión y secuestro sin que se hiciera referencia alguna a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad de que trata la Ley 21 de 1973.

La sentencia condenatoria dictada por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra (folios 366 y siguientes), condenó a Virgilio de J. Monsalve a la pena de 15 años de presidio por los delitos indicados, tanto en la Resolución del Consejo de Guerra, como en los cuestionarios sometidos a los vocales. El Tribunal Superior de Medellín, al resolver el recurso de apelación de la sentencia dictó la que es materia del recurso extraordinario de casación (folios 519 y siguientes), reformándola en cuanto a la dosificación de las penas, para imponer al procesado Monsalve, la de 12 años de presidio con fundamento en que la responsabilidad del sindicado debía considerarse como agravada por la presencia de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad indicadas en la demanda, aumentando el mínimo de 6 años en 3 más, por tales razones. Por consiguiente, debe entenderse que al tomar en cuenta el Tribunal las circunstancias de agravación respecto a la situación del procesado Monsalve, le aumentó la pena en tres (3) años, según se desprende de la motivación que se hace en la sentencia recurrida.

Ahora bien, para responder a las apreciaciones del Procurador, debe tenerse en cuenta que el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal citado, dice que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, "*cuando no sean modificadoras* ... corresponden al juez de derecho". A su vez, el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal dispone que el auto de proceder deberá contener en la parte motiva, entre otras, las siguientes cuestiones fundamentales: "3º La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, *con las circunstancias conocidas que lo especifiquen*". Por su parte el artículo 37 del Código Penal expresa que se consideran como circunstancias de mayor peligrosidad "en cuanto no se hayan previsto *como modificadoras* ..., etc.".

Lo dicho significa que las argumentaciones del Procurador no se pueden aceptar. En verdad, el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal dice que la apreciación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad corresponde hacerla al juez de derecho, salvo cuando tales circunstancias tengan un significado legal diverso, o sea, cuando la ley las considere como elementos constitutivos del delito, o cuando las estime como modificadoras de la responsabilidad; en tal hipótesis, deberán estar contenidas en la parte motiva del auto de proceder (artículo 483, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal), para que el sindicado tenga oportunidad de ejercer su derecho de defensa pleno y no se le sorprenda con calificaciones jurídicas que pueden comprometer su responsabilidad, como ha sucedido en el caso presente.

Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en dicha pieza no se le imputan al acusado las circunstancias denominadas *modificadoras* específicas de determinado delito, como en este del secuestro que define y sanciona el Código Penal en sus artículos 293 y 294, no pueden tampoco figurar después ni en los cuestionarios para los jueces de hecho ni en la sentencia, porque entonces la condenación no estaría en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y no habría gozado el sindicado de las garantías fundamentales para su defensa.

Lo anterior, también por cuanto no debe olvidarse que en el sistema procesal penal colombiano, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y éste al auto de proceder, todo con miras a garantizar, conjuntamente los intereses de la justicia y los del sindicado. Como quiera que una de las previsiones de la causal segunda de casación se presenta en el presente caso, la Corte habrá de casar parcialmente la sentencia recurrida para en su lugar aplicar la sanción que corresponda al procesado Virgilio de Jesús Monsalve Mazo, de acuerdo con lo anotado.

Causal primera. Tal como quedó reseñado, los apoderados de los procesados Edilberto Pino Carvajal y José Guillermo Navarrete Macías, adujeron como causal de casación la violación "por vía directa del artículo 406 del Código Penal, en razón de que a unos hechos constitutivos del delito de secuestro consagrado en el Capítulo I, Título XI del Libro Segundo del Código Penal, se les consideró igualmente y para efectos de

la responsabilidad y la consiguiente determinación de la pena, como constitutivos del delito de extorsión consagrado ..., error de derecho en que incurrió el Tribunal al estimar, según su criterio, que la exigencia de dinero, que es un elemento esencial del delito de secuestro tipificado en el artículo 293 del Código Penal, es igualmente constitutiva del delito de extorsión, lo cual constituye un claro desconocimiento del principio esencial de derecho penal *non bis in idem*. Se propone en consecuencia la causal consagrada en el inciso primero del numeral 1º del artículo 580".

La otra demanda tiene un planteamiento sustancialmente igual, y con apoyo en tal causal, los recurrentes solicitan a la Corte casar parcialmente la sentencia para que a los procesados se les imponga la pena que les corresponda de conformidad con la nueva calificación del delito.

Desde el punto de vista de la técnica de casación, es incuestionable que el cargo está bien formulado, puesto que como se ha visto, los recurrentes están conformes con los hechos tal como han sido plasmados en el fallo recurrido, su discrepancia radica fundamental y esencialmente en lo relativo a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado que es precisamente el marco dentro del cual se puede alegar el cuerpo primero de la causal primera de casación en la modalidad de la aplicación indebida de la ley sustancial. Los recurrentes no hacen referencia alguna a las pruebas de cargo, simplemente entienden que se aplicó en forma indebida el artículo 406 del Código Penal, por cuanto la conducta de sus patrocinados que aceptan, no puede calificársela como de extorsión con las consecuencias respecto a la sanción, indicadas en el fallo, sino apenas como una circunstancia agravante del secuestro.

Ahora bien, como del estudio que se ha hecho respecto a la situación planteada por los casacionistas, se ha llegado a la conclusión de que no es posible jurídicamente y después de la vigencia de la Ley 21 de 1973 el concurso de delitos de secuestro y extorsión en cualquiera de sus manifestaciones, y menos con las agravadas del primero, es de evidencia que la causal primera alegada por los recurrentes es justificada, en cuanto a que con sus planteamientos se ha demostrado que el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 406 del Código Penal al considerar que la conducta realizada por los incriminados y tendiente al logro del indebido beneficio patrimonial, no se la podía considerar como forma imperfecta de extorsión haciéndola concurrir materialmente con el delito de secuestro consumado, ya que como ha quedado suficientemente ilustrado, tales manifestaciones deben considerarse como fases del delito de secuestro y si por caso, sancionarse con apoyo en el artículo 37 del Código Penal. Por las razones anteriores, habrá de casarse parcialmente el fallo impugnado para dictar el que deba reemplazarlo aplicando a la nueva calificación que se da al hecho criminoso, la pena que le corresponda.

De otra parte, es necesario tener en cuenta que a pesar de que no todos los incriminados que fueron cobijados por la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Medellín, recurrieron el fallo, sin embargo, no obsta para que también en relación con ellos, se hagan efectivas las disminuciones de la sanción que conlleva la nueva calificación que se da al delito, por la simple razón de que debe entenderse que la sentencia constituye una unidad jurídica en cuanto al título o calificación que al delito se le haya dado, pudiendo en cambio, y como es lógico, ser diversa la cantidad de pena que corresponda a cada uno de los condenados con base en otros factores.

El Tribunal, en la parte motiva del fallo recurrido y en relación con la dosimetría penal, hace el siguiente razonamiento respecto de la modalidad del concurso material de delitos: "y como por último, se trata de un concurso material o real de delitos (artículo 33 del Código Penal) se hace otro aumento de un año más", calificación que se predica de la totalidad de los incriminados, a quienes se sanciona en su calidad de coautores.

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

Resuelve:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, y en su lugar absolver a los procesados Virgilio de Jesús Monsalve Mazo (alias Richi), Edilberto Pino Carvajal (alias William), Guillermo Navarrete Macías, Gerardo Antonio Vargas Román, Javier Gustavo del Valle Gallego, Julio César Zapata Naranjo, de condiciones civiles conocidas de autos, por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa por el que fueron condenados, e imponer a Virgilio de Jesús Monsalve Mazo, la pena principal de ocho (8) años de pre-

sidio por los delitos de secuestro y lesiones personales, a la de once (11) años de presidio, para cada uno, a los procesados Edilberto Pino Carvajal y Guillermo Navarrete Macías. Imponer a los procesados Gerardo Antonio Vargas Román y Javier Gustavo del Valle Gallego las penas principales de doce (12) años de presidio para el primero, y la de once (11) años de presidio para el segundo, por los delitos de secuestro y lesiones personales, según razonamientos de la parte motiva de esta providencia.

2. Absolver al sindicado Julio César Zapata Naranjo, de condiciones civiles conocidas en autos, por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa por el que fue condenado, e imponer al mismo procesado Julio César Zapata Naranjo la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión en su condición de cómplice no necesario en el delito de secuestro de que trata este proceso.

3. Las sanciones accesorias quedan ajustadas al tiempo y naturaleza de las penas principales impuestas.

4. En lo demás subsiste la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V.
Secretario.

Salvamento de voto

Si bien comparto la casi totalidad del extenso, profundo y fundado estudio que se hace en la sentencia anterior en cuanto al llamado delito complejo y a las varias modalidades que de él pueden presentarse, donde la legislación lo admite sigo pensando, con todo respeto por la tesis de la mayoría, que la legislación penal colombiana no reconoce esa especial figura, expresamente consagrada en otras, de manera que no me parece atinado crear por vía de doctrina formas de delincuencia no previstas por la ley penal, sobre manera cuando ésta, como la nuestra, regula íntegramente toda la materia (artículos 11 a 35 del Código Penal).

De otra parte, me resulta claro que de admitirse en la ley penal colombiana la existencia del llamado delito complejo, éste debe comprender, *en su totalidad,* los elementos tipificantes de dos o más infracciones y reunir los presupuestos que permiten unificarlas, a saber: una sola acción, unos mismos agentes y una única víctima común a las varias acciones integradas, de modo que se confundan los varios delitos en uno sólo complejo que los comprende a todos, condición que se pone de presente aun en los ejemplos que el fallo de mayoría ofrece, en ninguno de los cuales existe, ni puede existir, más de una acción, ni más de una víctima, como se advierte en el evento del *rapto con fines de matrimonio,* en el que mediante una misma acción se ejerce violencia física o moral contra una persona para obligarla a contraer matrimonio; en el caso del *secuestro con fines libidinosos,* en el que se arrebata, sustrae o retiene a una menor de catorce años con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual con ella y en los eventos de los delitos de *hurto con violación de domicilio* y de *fuga agravado,* en los cuales se viola el domicilio de la víctima del delito contra la propiedad y se lesiona a quien trata de impedir la fuga, respectivamente.

Esto sentado, me parece también evidente que, supuesta la existencia entre nosotros del llamado delito complejo, su ficticia unidad se rompe por los delincuentes cuando éstos la descomponen en las varias acciones que la integraban legalmente y realizan varias actividades separadas, dirigidas a personas diferentes, cada una de ellas víctima de uno de los varios delitos, como ocurre cuando se secuestra *a una persona* y, además, se extorsiona *a otra.*

Algo semejante ocurre en la ficción legal que considera como un solo hecho la infracción repetida de una misma disposición penal, ejecutada con el mismo designio, figura que presupone una misma acción, un mismo agente, una misma víctima y la repetición continuada de la violación de la misma norma penal, pero que se desvirtúa y se rompe, produciendo tantas infracciones como acciones y víctimas, cuando los delincuentes destruyen los presupuestos que unificaban legalmente los varios delitos en uno solo continuado.

En lo pertinente, dijo la Corte en fallo de 12 de diciembre de 1945 (*Gaceta Judicial,* LIX, 1042):

"... A lo dicho ya por los expositores sobre delito continuado y en especial sobre si la conti-

nuación del delito es aplicable cuando existen varios sujetos pasivos o si la continuación sólo se opera cuando hay unidad o identidad de sujeto pasivo, agrega la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida *cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito* (...). Es decir, (cuando) *se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos previsto en la disposición del artículo 33 del Código Penal* (...). No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas (...). La unidad de designio y resolución llevada a efecto mediante la realización de un acto externo en contra de un bien o derecho individual perteneciente no a un grupo sino a persona determinada, *no puede persistir cuando en diversos momentos separados por espacio de tiempo más o menos considerable, se ataca o lesiona, no el mismo derecho, sino un derecho perteneciente a distinta persona, que individualizado, la ley lo proteja como bien particular* ...'' (subrayo).

Finalmente, de admitirse que el delito complejo subsiste aun cuando su ficticia unidad se rompa, esto es, cuando como en el asunto de que se trata se secuestra a una persona y se extorsiona a otra, habría que convenir, también, en que sólo existiría *un delito,* de modo que la víctima del atentado contra la propiedad, como no habría sido privada de su libertad y no sería víctima del secuestro, no podría siquiera reclamar la indemnización de los perjuicios patrimoniales sufridos (no sería perjudicada con la infracción, que es secuestro, ni podría, por consiguiente, constituirse parte civil), lo que constituye quebranto de la lógica más elemental (siendo el extorsionado la víctima del atentado contra la propiedad, quien podría reclamar la indemnización correspondiente sería quien no habría sufrido perjuicio patrimonial alguno) y ostensible violación de las numerosas disposiciones penales y del procedimiento penal que regulan la materia.

Por estas consideraciones y por las brillantemente expuestas por los honorables Magistrados Luis Enrique Romero Soto y Pedro Elías Serrano Abadía, la casi totalidad de las cuales comparto, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Salvamento de Voto

Con todo respeto nos permitimos apartarnos de las autorizadas opiniones expuestas por la mayoría de la Sala en este proceso, en el cual se cambia la anterior doctrina de la Sala que venía considerando la existencia de un concurso material de delitos cuando se secuestraba a una persona y se exigía a otra el pago del correspondiente rescate.

Nos llevan a ello las razones que, en forma sucinta, exponemos a continuación:

a) Ha sido tesis tradicional de la Corte, que cuando se lesionan aquellos derechos llamados personales o personalísimos, o sea, los inherentes a la persona humana, tanto por su aspecto físico como por el moral o espiritual, existen tantos delitos como ofendidos. Así se ha sostenido v. gr. en los casos de homicidio en accidente de tránsito en que se estima existen tantos delitos como individuos muertos a consecuencia del insuceso y se dice que, en tal caso, esos delitos concursan materialmente;

b) En el caso de secuestro es preciso tomar en cuenta que el bien lesionado es la libertad personal en su forma de autonomía de movimientos, o sea que se trata de un derecho personalísimo calidad que nuestro legislador ha tenido primordialmente en cuenta al conservar el secuestro con fines de provecho económico entre los delitos contra la libertad individual.

Por este aspecto nuestra legislación se diferencia de otras, por ejemplo, la italiana, en que el secuestro de personas con fines de extorsión o de robo, está comprendido (artículo 630 del Código Penal Italiano) no entre los delitos contra la libertad, sino entre los que vulneran el patrimonio y en la que es indiferente que una sea la persona secuestrada y otra la que sufra el daño patrimonial.

Esa importante diferencia hace que no sean fácilmente trasladables a nuestra legislación los conceptos de la doctrina italiana;

c) La existencia del delito complejo es perfectamente admisible en nuestro derecho por cuanto hay ilícitos penales que comprenden los elementos de otros, como sucede en el caso del robo con violación de domicilio (artículo 404, del Código Penal).

En el caso de secuestro podría decirse que se da esa figura cuando a la misma persona secuestrada se le exige el pago del rescate, esto es, cuando es uno mismo el sujeto pasivo del secuestro y del daño patrimonial.

Pero no cuando son distintos porque el sólo hecho de privar de libertad a un individuo ya perfecciona el delito de secuestro y si, además, se pide rescate a un tercero, la acción trasciende claramente la esfera de la libertad personal y va a vulnerar a una persona distinta dando lugar a que se configure un delito diferente que es el de extorsión, tal como lo venía sosteniendo la Corte en los casos anteriores;

d) La repetida referencia del artículo 6º de la Ley 21 de 1973 a la víctima del secuestro está dando a entender que la ley pone especial énfasis en la persona que sufre directamente la acción del secuestro, lo que permite pensar en la pluralidad de sujetos pasivos. Pero esto no implica que cuando los haya deba reducirse el episodio a un solo delito de los llamados "pluriofensivos" porque la ya anotada naturaleza especial de la violación de la libertad impide la unificación de dos conductas diferentes, a saber, la restricción de la autonomía de movimientos y la lesión de un patrimonio diferente, en un solo ilícito penal;

e) La pluralidad de delitos en los casos de violación de derechos personalísimos no es extraña a nuestra doctrina, ya que la misma Corte ha reconocido la existencia de dos ilícitos penales en el caso de homicidio para cometer otro delito (numeral 3º del artículo 363), caso en el cual, además, se le da al ilícito primeramente mencionado la denominación de asesinato, es decir, se considera que se comete un homicidio agravado, sin desconocer la existencia del otro ilícito.

Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Falta de defensor del procesado

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 79, de octubre 26 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 26 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por medio de sentencia que lleva fecha 8 de marzo del año en curso, confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado 19 Superior de esta ciudad en que se condenó a Cenón Fajardo García a la pena principal de quince (15) años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de su hijo el menor Luis Felipe Fajardo Mahecha, según hechos ocurridos el 27 de abril de 1976 en la fracción de Llano Mateo, jurisdicción del municipio de Yacopí (Cundinamarca).

Contra la decisión primeramente mencionada recurrieron el procesado y su defensor en casación.

Hechos y actuación procesal

En la fecha que se deja mencionada en último término, Cenón Fajardo García dueño de una pequeña finca en la región ya citada y quien había hecho vida marital con Rebeca Mahecha de quien era hijo el menor Luis Felipe al que Cenón trataba y reputaba como suyo, resolvió atarlo y conducirlo, sujeto por el cuello, brazos y manos con una manila, a la cercana Inspección de Policía en Llano Mateo, atribuyéndole la pérdida de cuatrocientos pesos que tenía guardados en un cuaderno. Con su pequeña víctima sujeto de esa guisa pasó Cenón por la casa de Anatilde Nieto de Sánchez, a quien le contó, mientras castigaba al menor con un foete y a bofetadas, que lo iba a llevar ante la autoridad militar para que esta lo sancionara.

Poco después regresó Fajardo por el mismo camino pero ya sin el menor y al llegar a la casa de Anatilde le manifestó que éste había muerto, lo que la mujer y los vecinos pudieron comprobar cuando fueron a casa de Fajardo y vieron, sobre una cama, el cadáver del muchacho el cual presentaba golpes en la cara y señales de violencia en el cuello motivo por el cual el Inspector de Policía impidió la inhumación y condujo a víctima y victimario a Yacopí, donde se practicó la autopsia en la que se estableció que aquella había perecido por ahorcamiento.

Abierta la investigación, se oyó en injurada a Cenón Fajardo, quien negó lo dicho por Anatilde de Sánchez, a quien acusó de ser enemiga suya y en cuanto a la muerte del menor aseveró que se había producido por accidente cuando pretendió escaparse.

A los autos se trajo la partida de nacimiento del menor Luis Felipe, documento en el cual solo aparece que era hijo de Rebeca Mahecha y que había nacido el 13 de junio de 1965.

Se recibieron declaraciones de varios de los vecinos quienes coincidieron en el aspecto que presentaba el cadáver.

Cerrada la investigación, el Juzgado del conocimiento profirió, con fecha 17 de noviembre de 1976, auto en que llamaba a juicio a Cenón Fajardo, por el delito de homicidio, con caracteres de asesinato, en la persona de su hijo Luis Felipe Fajardo.

Ejecutoriada esa providencia y abierto el juicio a prueba, el defensor solicitó se practicara una diligencia de inspección ocular con recons-

trucción de los hechos y un careo con Anatilde de Sánchez, así como también se demostrara la calidad de padre en el procesado respecto de la víctima.

Se adujo, entonces, de nuevo, la partida de bautismo y se ordenó la inspección pero ésta no pudo llevarse a cabo, según lo advirtió el comisionado, por lo lejano del lugar y la dificultad de llegar hasta él por circunstancias de orden público. En cuanto al careo, fue negado por el Juez.

En este estado llegó el proceso a audiencia pública en la cual se sometió a la consideración de los jurados el cuestionario correspondiente en el que se insertó la frase "según hechos ocurridos el 28 de abril de 1976".

La respuesta de los jueces del pueblo fue: "Cenón Fajardo sí es responsable del delito, según hechos ocurridos el 28 de abril de 1976".

El Juzgado consideró viable esta respuesta y basó en ella la sentencia que se deja referida. En ella se dice que los hechos ocurrieron "dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dadas a conocer en esta providencia". Apelada por el defensor esa decisión, el Tribunal la confirmó, en todas sus partes, por la que es materia del presente recurso.

Demanda de casación

Cinco cargos endereza el censor contra la providencia mencionada en último término. Tres de ellos expuestos en el ámbito de la causal cuarta de casación, uno en el de la segunda y otro en el de la primera. Se resumen a continuación.

Causal cuarta. Primer cargo. Ser pronunciada la sentencia en un juicio viciado de nulidad consistente en haberse negado el derecho de defensa al procesado y pretermitido las formalidades propias del juicio.

Lo hace consistir el actor en que por no haberse llevado a cabo la diligencia de inspección judicial solicitada por la defensa en el plenario de la causa, se quitó al procesado la oportunidad de demostrar que la muerte del menor Luis Felipe Mahecha había sido puramente accidental y que el sindicado no era responsable de ella o al menos solo de un homicidio preterintencional.

Asevera que esa misma omisión vulneró las formas propias del juicio y aprovecha la oportunidad para criticar la declaración de Anatilde de Sánchez, así como para manifestar que se condenó a su patrocinado sin que existiera la prueba plena o completa de la infracción y de la responsabilidad del primero aunque no intenta ninguna demostración de su dicho.

Segundo cargo. Afirma el demandante que el cuestionario propuesto a los jurados contiene grave equivocación en cuanto a la fecha de los hechos pues menciona el 28 de abril de 1976 como día en que ocurrieron siendo así que tuvieron lugar el día antes o sea el 27.

Insiste en que tal situación comporta desacuerdo entre el cuestionario y el veredicto, por un lado, con el auto vocatorio a juicio, por el otro y que, por lo tanto, se incurrió en nulidad por violación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal que dispone debe dictarse la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado. Aprovecha también esta oportunidad para criticar al Juez y al Tribunal por no haber declarado contraria a la evidencia de los hechos la respuesta del *juri*.

Tercer cargo. Encuentra también desacuerdo grave el actor entre el auto vocatorio a juicio, el veredicto y la sentencia, pues mientras la primera y la última señalen como procesado a Cenón Fajardo García, el segundo se refiere solo a Cenón Fajardo, omitiendo el segundo apellido en lo que toma pie la demanda para decir que la respuesta del jurado se refiere a persona distinta de la llamada a juicio y luego condenada.

Causal segunda. Cargo único. Estar la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, y con el veredicto del jurado.

Repite en este punto el actor los mismos argumentos que se dejan resumidos a propósito de la censura que antecede.

Causal primera. Cargo único. Enmarca esta crítica en el primer cuerpo de la causal primera de casación o sea por pretendida violación directa de la ley penal y a este propósito dice que la sentencia dio por establecido que la víctima era hijo del procesado lo que el actor niega basándose en la partida de bautismo y en el dicho de este último en cuanto que ni en aquella aparece el nombre del padre ni Fajardo reconoció que el menor fuera hijo suyo.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Segundo Delegado Penal que se rechacen las pretensiones del demandante por no ser fundados los cargos que hace a la sentencia.

Estima, en síntesis, que las pruebas que el actor echa de menos, no eran necesarias para su defensa ya que sobre el modo como pereció el menor Luis Felipe y su calidad de hijo del procesado hay suficientes elementos de juicio en el proceso y, por lo tanto, la falta de la inspección judicial no perjudicó el derecho de defensa como tampoco la de una certificación de origen civil sobre el nacimiento del menor.

Respecto a las otras censuras las califica de carentes de significación para los fines que pretende el actor pues la equivocación que en el cuestionario y en el veredicto se incurrió respecto a la fecha de los hechos no introduce duda alguna sobre el día en que tuvieron ocurrencia que se halla perfectamente establecido en los autos.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Primer cargo. *La pretendida falta de defensa por la que el actor asevera se incurrió en nulidad no aparece en el proceso ya que bien fácil es ver cómo a lo largo del mismo el procesado tuvo la asistencia de un defensor que cambió cuando lo creyó conveniente pero que estuvo al tanto de las incidencias, alegó en su oportunidad y pidió pruebas sin contar con que también en la audiencia pública su representante se empleó a fondo, criticando las pruebas y presentando, como también lo había hecho a lo largo del trámite procesal, no solamente alegaciones sobre la absoluta inculpabilidad del acusado sino alternativas jurídicas para la calificación de los hechos.*

La omisión de una prueba como la inspección judicial no puede decirse que comprometiera la suerte del procesado en forma tal que por no haberla practicado se le condenó ya que, como bien lo anota la Procuraduría, no se trataba de una prueba indispensable pues los hechos pudieron establecerse por la vía testimonial sin que aparezca que la reconstrucción de los mismos hubiera podido alterar, en forma definitiva, la versión que de ellos se dio en las distintas providencias.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. La equivocación que en el cuestionario y en el veredicto se presentó sobre la fecha de la comisión del hecho, no tuvo las graves consecuencias que insistentemente y con el mayor énfasis señala el actor, pues que tanto en el auto de proceder como en las sentencias, se hizo un correcto señalamiento de la misma y sin que, por otra parte, la variación de un solo día pudiera llevar a pensar que se estaba juzgando al procesado por una conducta distinta que la imputada a él desde un principio y a todo lo largo del proceso.

Tampoco se ve, entonces, que esta situación pueda adquirir la categoría de nulidad, ni, menos, que con base en ella hubiera debido declararse el veredicto contrario a la evidencia de los hechos pues en forma alguna contrarió la verdad fundamental de que hubo un homicidio y de que éste lo llevó a cabo el procesado.

Se rechaza, por lo tanto, esta censura.

Tercer cargo. La omisión del segundo apellido del procesado cuando, de otra parte, ninguna duda hay ni hubo sobre su identidad, es crítica sin fundamento que se hace a la sentencia y que ninguna perplejidad alcanza a llevar al ánimo de la Sala sobre la absoluta certeza con que se sancionó al acusado sin la menor posibilidad de que la pena hubiera recaído en persona distinta al autor del hecho juzgado.

No requiere mayor comentario esta censura, y, por lo tanto, se la desecha.

Causal segunda. Cargo único. En este punto el demandante repite, sin variación ninguna al cargo que se deja examiado en el aparte anterior razón por la cual basta dar por reproducido aquí lo que se dijo en el párrafo anterior como fundamento para desechar el cargo.

Causal primera. Cargo único. Grave error de técnica comete aquí el demandante al invocar, como marco de su crítica, el primer cuerpo de la causal primera de casación diciendo que hubo violación directa de la ley para pasar luego a criticar la prueba y negar que hubiera existido una situación que el juzgador consideró se había dado en el caso de autos como es la relación de filiación natural existente entre el procesado y su víctima.

Pretende el actor desvirtuar ese vínculo a través de la crítica a las pruebas que el Tribunal y el Juzgado tuvieron en cuenta para darlo por existente. En ese caso debió invocarse el segundo aparte de la referida causal y la violación vendría a ser indirecta.

Pero aun aceptando que el planteamiento de la censura fue correcto, se tiene que en los casos donde interviene el jurado no cabe, para el solo efecto de negar los hechos, invocar la causal primera en su segunda parte ya que, como tantas

veces lo ha dicho esta Sala, ello equivale a alegar la contraevidencia del veredicto, cosa que no cabe hacer en sede de casación sino que está reservada, de modo exclusivo, para ser presentada ante los jueces de instancia.

En el presente caso los jurados aceptaron en conciencia que existía el parentesco mencionado y no puede la Corte entrar a desconocerles la facultad que la ley les otorga de juzgar de acuerdo con su íntima convicción y siempre que su juicio no contraríe la verdad procesal.

No se acepta 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, oído el concepto de la Procuraduría y acorde con el mismo,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DECLARACION DEL OFENDIDO

Su valor probatorio. No es indicio. Es un verdadero testimonio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 79.

Bogotá, D. E., octubre 26 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.*

Vistos

Por sentencia de treinta (30) de enero del año en curso el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó, sin modificaciones, la proferida el 17 de octubre del año pasado por el Juez Segundo Penal del Circuito de esta ciudad por la que se condenó a Carlos Antonio Cruz Rojas y a José Alonso Ortiz Sepúlveda a la pena principal de cinco (5) años y dos (2) meses de presidio más las sanciones accesorias correspondientes por el delito de robo cometido en esta ciudad el 2 de agosto de 1976, en contra del patrimonio de Nelson Rodríguez Quintero y de Higinio Gómez.

El defensor de Cruz Rojas interpuso recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala que también consideró ajustada formalmente a derecho la demanda por la cual se sustentó el recurso.

Hechos y actuación procesal

El día que se deja atrás mencionado o sea el 2 de agosto de 1976, iba Nelson Rodríguez Quintero, por la Avenida Caracas de esta ciudad, manejando el taxi de placas SB-1517 de propiedad de Higinio Gómez, cuando a la altura de la calle 44 lo hicieron detener dos individuos que después fueron identificados durante el presente proceso como Carlos Antonio Cruz Rojas y José Alonso Ortiz Sepúlveda, quienes le ordenaron al chofer llevarlos al barrio "Villa Luz" hacia donde se dirigió de inmediato el conductor. Una vez llegados allí y aprovechando la soledad del paraje y la oscuridad de la noche, los dos pasajeros amenazaron al conductor del vehículo, uno con un revólver y el otro con un cuchillo, lo pasaron al cojín trasero y siguieron la marcha durante la cual ataron y amordazaron a Rodríguez Quintero, le quitaron un reloj de pulsera, el dinero que había recaudado y el suyo propio que ascendían a la suma de $ 1.800.00 y después de dar muchas vueltas por las calles y avenidas de ese sector de la ciudad, se detuvieron en un lugar deshabitado, donde bajaron al chofer y, luego de dejarlo allí se llevaron el vehículo que apareció al día siguiente, desvalijado, esto es, sin el taxímetro, el radio y otros elementos, en una calle de los barrios del sur.

Pocos días después y cuando iba manejando de nuevo el taxi, Rodríguez reconoció a uno de los atracadores en momentos en que se disponía a entrar a un bus que parecía, aunque no lo estaba, desocupado. Dio aviso al F-2 con cuya ayuda se capturó a dicho individuo. Uno o dos días después, y con la colaboración de los empleados de un montallantas de la misma avenida Caracas localizó al otro asaltante y lo hizo detener.

Careado con dichos individuos, sostuvo rotundamente su afirmación de que eran los mismos que lo habían atracado. Como se deja dicho, tales sujetos se identificaron como Carlos Antonio Cruz Rojas y José Alonso Ortiz Sepúlveda, quienes en sus indagatorias y en las diligencias de careo con el ofendido negaron haber sido los autores del atraco, manifestando que aquella noche la habían pasado en sus respectivas residencias.

No obstante esas negativas y basándose en el dicho del ofendido así como en informe de la policía y de algunos testigos sobre la fama de atracadores de los acusados, el Juzgado Segun-

do Penal del Circuito los llamó a juicio por el delito de robo mediante auto que lleva fecha 20 de enero del año pasado en el que se hizo minuciosos análisis de las pruebas recogidas tanto en favor como en contra de los procesados.

Apelada dicha providencia, el Tribunal la confirmó por la suya de 28 de abril del año últimamente citado en la cual nuevamente se hace hincapié en los fundamentos que tuvo el Juez para pronunciar su decisión que el *ad quem* considera satisfactoriamente ajustados tanto a los hechos como al derecho.

Transcurrido el término del juicio durante el cual ningún elemento de convicción nuevo fue aportado a los autos, efectuada la audiencia pública en que los defensores de los acusados hicieron énfasis en la existencia de una sola prueba de cargo, se pronunció la sentencia que se deja atrás mencionada en la cual el Juez rebate las argumentaciones de la defensa, muestra la certeza y firmeza de los reconocimientos, la forma clara como el ofendido sostuvo frente a los procesados los cargos en las diligencias de careo con ellos, la fama de atracadores que tenían estos y las faltas a la verdad en que incurrieron cuando trataron de mostrar que trabajaban de día en el montallantas y que en las noches, sobre todo en la de autos, permanecían en sus casas, lo que fue desmentido por testigos.

Halló esta providencia favorable acogida en el Tribunal que abundó en los mismos razonamientos que el Juez para declarar culpables por el delito de robo tanto a Cruz Rojas como a Ortiz Sepúlveda.

Demanda de casación

Divide el actor su crítica a la sentencia recurrida en cuatro capítulos que, según su enunciado, dice corresponder a otros tantos cargos pero que en realidad pueden reducirse a uno; violación indirecta de la ley por indebida apreciación de las pruebas con lo cual, afirma el actor, se violaron no solamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal sino los artículos 216 y 230 del mismo ordenamiento lo que condujo, en su concepto, a la violación del artículo 402 del Código Penal.

Su argumentación, en resumen, se reduce a decir que el Tribunal solo se basó en el testimonio del ofendido, a cuyo dicho califica de indicio no necesario, para condenar a su representado.

Censura, de otra parte, que el *ad quem* hubiera tomado en cuenta para apoyar su condena las manifestaciones que hicieron los agentes del F-2 y algunos testigos sobre la fama de atracadores que tenían los procesados afirmando, respecto a este punto, que no les aparecen antecedentes judiciales. Así mismo critica la apreciación que en la sentencia recurrida se hace del dicho del dueño del montallantas quien manifestó haber dejado, en su casa, la noche de autos y a las nueve horas de la misma, al sindicado Cruz Rojas.

En fin, sostiene que no existe en los autos recaudo probatorio suficiente para condenar y que, por ello, debe casarse la sentencia recurrida.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se deseche la petición de la demanda por considerar que no tienen fundamento los pretendidos cargos que contra la sentencia endereza el actor quien comenzó por el dislate técnico consistente en llamar errores de derecho en la apreciación de las pruebas a los que, de haberse cometido, serían claramente errores de hecho ya que, al decir del casacionista, consistieron en falta de apreciación o en indebida apreciación de pruebas cuando la Corte tiene perfectamente especificado que el error de derecho a que se refiere el segundo cuerpo de la causal primera de casación, consiste bien en no darle a los elementos de convicción el valor preciso que una norma legal les señala expresamente o en haberlos llevado al proceso con violación del rito que para cada caso señala el ordenamiento penal adjetivo, eventualidades, estas dos últimas, que no se han presentado en el presente proceso.

Pero pasando, a pesar de las anotaciones que se dejan resumidas, al examen de los cargos, expresa el Ministerio Público que carecen de fundamento las argumentaciones expuestas por el censor.

Consideraciones de la Corte

En vano califica el demandante las reiteradas acusaciones que ya en presencia de los procesados, ya en ausencia de ellos, les hace el ofendido, de indicio no necesario tratando, por este medio de desvirtuar la naturaleza de la prueba para facilitar su labor crítica contra ella.

El dicho de la persona ofendida como lo tiene expresado esta Sala, no es un indicio, esto es, una prueba circunstancial cuyo valor depende de la existencia de un hecho que se toma como base de una inferencia, lo que viene a ser la esencia de la prueba indiciaria, sino que es un verdadero

testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien, en su calidad de víctima, fue parte de los mismos y cuyas manifestaciones sobre ellos deben ser apreciadas a la luz de la crítica del testimonio, es decir de aquellas reglas que diversas ciencias, entre ellas primordialmente la física, la psicología y la fisiología, enseñan sobre la captación o percepción de un hecho, su conservación en la memoria y su exposición posterior, teniendo en cuenta de modo principal cuando del dicho del ofendido se trata, las circustancias en que se efectuó la captación, influidas o no, por su estado de ánimo en momentos en que era víctima de un acontecimiento delictuoso y el natural interés que en el de deponer pueda tener para perjudicar a su agresor.

Pero si, no obstante esas consideraciones, se logra establecer que las condiciones de la percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés especial en perjudicar a una persona y, por otra parte, el testimonio ha sido responsivo, esto es, como debe darlo una persona cuerda y honesta, se produjo en forma adecuada y fue completo, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas como declaraciones, indicios etc., que inciden sobre los mismos hechos o que muestren la capacidad delictiva de sus presuntos autores.

Eso es lo que ha ocurrido en el caso de autos en que ciertamente los juzgadores se basaron en el dicho del ofendido, apoyándose, en forma secundaria, sobre otras pruebas demostrativas de la capacidad delictiva de los procesados.

Pero no puede aceptarse que la posición del Tribunal, ni por supuesto, la del Juzgado resulten vituperables por haber fundado primordialmente su decisión en las actuaciones del chofer Rodríguez Quintero, pues eran plenamente dignas de afincar esa confianza por la forma como reconoció a quienes lo atacaron a los cuales había visto antes en el montallantas, cuya fisonomía tuvo oportunidad de apreciar perfectamente la noche de autos a la luz interior del carro cuando la encendió tan pronto le dijeron que se detuviera en un determinado sitio y que también los vio, de modo claro y detallado en los episodios subsiguientes ya narrados, lo que le permitió señalar, sin dubitaciones primero a uno de los procesados y luego al otro, al que por cierto llegó por indicaciones de uno de sus compañeros de trabajo en el montallantas suficientemente enterado de la fama delictuosa de dicho individuo.

Añádese a lo anterior la forma valerosa, clara, contundente como les sostuvo sus cargos en las diligencias de careo, sin titubeos ni vacilaciones y se tendrá por qué los juzgadores concedieron tanto valor a esta prueba sin desdeñar, por supuesto, las declaraciones de otras personas sobre la capacidad delictiva de los procesados.

No se ve, en consecuencia, que el Tribunal hubiera cometido error grave de hecho en la apreciación de los elementos de convicción que lo llevaron a confirmar la sentencia del inferior ni menos se aprecian errores de derecho en la asunción y valoración de las pruebas, por lo que es forzoso concluir que carecen de fundamento las censuras que el actor endereza contra la sentencia recurrida.

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 CASA la sentencia recurrida.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO DEL JURADO

Su interpretación cuando es más o menos incompleto. Premeditación frente al artículo 28 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 79, de 26 de octubre de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 26 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que confirmó la dictada por el Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad para condenar a Fabio Piñeros Martínez, por un delito agravado de homicidio en Gumersindo Piñeros Morales, a la pena principal de quince (15) años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes y, en forma genérica el pago de perjuicios.

1. Los hechos que originaron el proceso.

Los juzgadores de instancia resumieron los hechos de la siguiente manera:

"Cuenta el informativo que los campesinos y esposos entre sí Gumersindo Piñeros Morales y Reinalda Piñeros de Piñeros, concurrieron al mercado de Guayatá el día martes treinta de abril de mil novecientos setenta y cuatro y una vez que hicieron algunas compras y obtuvieron un dinero prestado, penetraron al establecimiento atendido por Aura María Melo de Castillo, como a eso de las cuatro de la tarde, con el fin de tomar algún refrigerio y encaminarse a su residencia campestre. Cuando éstos consumían el refrigerio, a base de pan y limonada, penetraron al mismo establecimiento, Fabio Piñeros Martínez, Rafael Martín y Benjamín Bermúdez, pidieron tres gaseosas para beber, luego Fabio Piñeros Martínez preguntó a la tendera cuánto debía y fingiendo sacar la cartera del bolsillo, extrajo un revólver y lo disparó en forma insidiosa contra Gumersindo Piñeros Morales a quien le quitó la vida instantáneamente y sin que mediara el más mínimo incidente, ante la mirada perpleja de Reinalda Piñeros de Piñeros, Aura María Melo de Castillo, Mario Gutiérrez Castaño y Alfonso Vicente Castillo Mahecha. Acto seguido tanto el homicida como sus compañeros Martín y Bermúdez, abandonaron el establecimiento y luego la población sin que la policía pudiera darles alcance. Noticiado el Juez Promiscuo Municipal, se trasladó al lugar teatro de los acontecimientos y en asocio de peritos y su secretario, levantó los despojos mortales del infortunado Gumersindo Piñeros Morales, declaró luego abierta la investigación y trató de conformar el proceso que ahora nos ocupa (folio 244, cuaderno 1º)".

2. La actuación procesal subsiguiente.

Inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá por auto cabeza de proceso de 2 de mayo de 1974 y la continuó el Juzgado 7º de Instrucción Criminal. Capturado el sindicado mucho tiempo después de la consumación del hecho y rindió declaración de indagatoria ante el Juez del conocimiento el día 11 de septiembre de 1975, negó la autoría de los hechos y afirmó que por aquel entonces se encontraba por los lados de Muzo. El 12 de septiembre se le dictó auto de detención. La investigación fue cerrada por auto de 4 de marzo de 1976. La sumaria se calificó mediante llamamiento a juicio para Piñeros Martínez por un delito de homicidio en Piñeros Morales, agravado con las circunstancias de asesinato previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal (premeditación y

condiciones de indefensión en la víctima), el día 11 de mayo de 1976. Apelada esta providencia fue confirmada por el Tribunal de Tunja.

Al final de la audiencia pública el Jurado emitió un veredicto que a la letra, dice: "Sí es culpable sin premeditación, por estar bajo una ira de intenso dolor" (folio 77, cuaderno 3º). El defensor pidió que el Jurado aclarara su contestación para que dijera si el procesado había o no actuado por grave e injusta provocación y así se dispuso pero el Jurado no quiso cambiar o modificar el veredicto. *Sobre estas bases se emitieron las sentencias, de 29 de agosto y 22 de noviembre de 1977 en primera y segunda instancias, respectivamente.* Cabe advertir que en una y otra se descartó que el Jurado hubiera aceptado la diminuente de pena del artículo 28 del Código Penal. El defensor había pedido como contestación principal la negación de responsabilidad por falta de pruebas y, en subsidio, la de: "Sí es responsable de un homicidio sin agravantes y en estado de ira causado por grave e injusta provocación". El Fiscal había solicitado una respuesta afirmativa de responsabilidad, acorde con los cargos del auto de proceder.

3. La demanda de casación y la causal invocada.

Una sola causal invoca el demandante: La segunda (2ª) del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según dice, la sentencia acusada no está de acuerdo con la respuesta del Jurado. Esto porque después de referirse a la jurisprudencia que existe sobre el tema relacionado con la interpretación que debe darse a la contestación del Jurado para saber si se reconoce allí la modalidad prevista en el artículo 28 del Código Penal y de recordar que ese reconocimiento pertenece al Jurado, al paso que el reconocimiento de la circunstancia de menor peligrosidad del numeral 3º del artículo 38 del mismo código pertenece al Juez de derecho, dice:

"En estas condiciones y porque no puede dejarse sin consecuencias parte de una respuesta del *juri,* es obvio entender que en este caso, cuando los jueces de hecho admiten que el acusado Piñeros Martínez, obró bajo una 'ira de intenso dolor', aludieron a la modificación de la responsabilidad señalada en el referido artículo 28 del Código Penal, así no consagraran expresamente las palabras sacramentales de 'la grave e injusta provocación' causante de ese estado emocional, y principalmente, porque no podía el Jurado ocuparse de una simple circunstancia de menor peligrosidad, por serle tal cosa extraña a su misión".

Solicita el demandante invalidar la sentencia impugnada y emitir el fallo que deba reemplazarla.

4. La contestación del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que no puede casarse la sentencia porque no hay contradicción entre veredicto y sentencia.

Sostiene la impropiedad del veredicto al mezclar en la agregación a la afirmación de responsabilidad la ira y el intenso dolor que son situaciones anímicas distintas. De esta manera, dice "La respuesta resulta incompleta e insuficiente" para deducir que el hecho se cometió en las circunstancias previstas en el artículo 28 del Código Penal como lo alega el censor.

Agrega que aunque el Jurado se refirió a la ira no se refirió ni a la gravedad ni a la injusticia de la provocación y resulta improcedente reconocerla con mayor razón si consultado el Jurado no modificó su respuesta. Además, considera que la petición del defensor fue sumamente clara pero se refería a viejas rencillas o enemistades con el padre del procesado y que al momento de los hechos no hubo incidente alguno previo con la víctima. Finalmente y en cuanto a la invocación de antecedentes jurisprudenciales apunta que las sentencias de 2 de agosto de 1971 (Gaceta Judicial tomo CXXXIX, números 2346-51, páginas 280, y siguientes) y junio 28 de 1971 (Gaceta Judicial tomo CXXXVIII, números 2340-45, páginas 598 y siguientes), se refieren a hechos que se sucedieron en situaciones diferentes del que aquí se juzgó.

5. Las consideraciones de la Sala.

Cabe advertir que los antecedentes jurisprudenciales que sobre interpretación de veredicto más o menos incompleto, emitidos en relación con la circunstancia modificadora de la responsabilidad del artículo 28 del Código Penal, que el demandante invoca en su apoyo, se refieren a casos muy diferentes del que aquí se juzgó. Así lo considera también el Ministerio Público que cita por sus fechas, nombres de los procesados y demás pormenores, dos de ellos.

En este proceso el recurrente fue llamado a responder en juicio por un delito de homicidio con las agravantes previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal. De acuerdo con dicha providencia se elaboró el cuestionario, se produjo el veredicto y se emitieron las sentencias que el censor considera en desarmonía con la contestación del Jurado. Esa divergencia

no existe si se tiene en cuenta que la agregación que dice: "Por estar bajo una ira de intenso dolor" se refiere a la premeditación que el Jurado eliminó del número de las agravantes deducidas, pues no puede desconocerse que dejó viva la de las condiciones de inferioridad o de indefensión de la víctima al momento de los hechos. En consecuencia, el veredicto debe entenderse afirmativo de la responsabilidad en donde dice "sí es culpable" y desconocedor de la premeditación allí donde se lee: "Sin premeditación, por estar bajo una ira de intenso dolor".

Los estados pasionales o emocionales pueden o no coexistir con la premeditación y sobre el tema se ha pronunciado ya la Corte en providencia como la de 7 de mayo de 1968. Por tanto, no resulta absurdo afirmar, como lo hizo el Jurado, que el procesado no premeditó "por estar bajo una ira de intenso dolor", sin perjuicio de considerar pésima la construcción de esta frase. Ese estado, según constancias del proceso, se debió muy posiblemente a rencillas familiares anteriores con el padre del procesado y no a un incidente previo con quien recibió su disparo mortal.

En consecuencia, la agregación del Jurado que el demandante considera enclavable en la previsión del artículo 28 del Código Penal no se refiere a una grave e injusta provocación, ni ésta puede inferirse así se acepte que los miembros del Jurado no están obligados a utilizar fórmulas sacramentales en sus respuestas, porque al final de la audiencia y escuchado el veredicto unánime, a instancias del defensor se pidió al Jurado que lo aclarara para que dijera expresamente que había existido provocación y los jurados consideraron que no debían modificar su contestación. Con lo dicho se comprueba que nunca quisieron afirmar una provocación que no existió y que de allí se desprende que bien hicieron los juzgadores en las instancias y, por tanto, que no debe caer el fallo impugnado.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION

Técnica para sustentar el recurso de casación. Violación directa. Violación indirecta. Demanda en forma

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 79, de octubre 26 de 1978.

Bogotá, D. E., octubre 26 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de treinta de enero del año en curso, condenó a Lilia del Socorro Serna Echeverri, a tres (3) años de presidio y cien pesos ($ 100.00) de multa, así como a las accesorias pertinentes, por los delitos de "falsedad en documentos y estafa".

Oportunamente se interpuso la casación, recurso admitido por auto de cinco de abril del año en referencia. Luego, al encontrarse adecuada a las exigencias formales de la ley, se admitió la correspondiente demanda, en auto de ocho de agosto del mismo año.

De los hechos

Se toma la versión que aparece en el fallo impugnado:

"...El 6 de febrero de 1975, prestó Lilia Serna, la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) a Fanny Chavarriaga a un interés del 8% mensual, habiendo entregado esta última en respaldo a su obligación una letra firmada en blanco que quedó en poder de Lilia aun después de Fanny haber cancelado su deuda.

"Por aquellos mismos días había hecho otro préstamo Lilia a Fanny por valor de diez mil pesos ($ 10.000.00), para la empresa 'Confecciones Standard', donde ésta prestaba sus servicios, respaldando también la deuda en otra letra que fue firmada por todos los socios de la empresa y por la misma Fanny Chavarriaga.

"Ante la mala situación económica que se apoderó de 'Confecciones Standard' quiso Lilia que fuera Fanny Chavarriaga la única responsable de aquella deuda, por lo que, aprovechando que aún tenía en su poder aquella primera letra firmada en blanco por una deuda que ya había sido cancelada, procedió a llenarla, más no por diez mil pesos ($ 10.000.00), que era lo adeudado por la empresa, sino por doce mil pesos ($ 12.000.00); instrumento con el cual se presentó al Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí demandando ejecutivamente a Fanny Chavarriaga, proceso que llegó hasta sus últimas consecuencias, pues a pesar de que la Juez Primera Civil Municipal solicitó informes sobre el proceso penal que se adelantaba y copias del mismo, para la correspondiente suspensión del juicio ejecutivo, ello no fue posible, ya que ninguna información le fue suministrada al respecto...".

De la actuación procesal

Del siguiente modo la reseña el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"... Presentada la denuncia, abrió la investigación el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí, se recibieron algunas declaraciones e indagatoria a la procesada, quien admitió haber llenado el título valor, pero para obtener documento o prueba de obligación a cargo de la denunciante por el mismo valor, ya que el expedido se le había extraviado en manos de la persona a quien lo confió para su cobro, contra lo expresado por aquélla; seguidamente se dispuso la detención de la acusada, providencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma población, al cual había pasado el expediente;

cumplidas numerosas pruebas, entre éstas careo de la acusada con la denunciante, ocasión en la cual se sostuvieron ambas en sus respectivas versiones y oídos algunos testigos, quienes afirmaron ser la obligación inicial a cargo de la denunciante y de la firma por la cual ésta intervenía por valor de diez mil pesos, el Juzgado del Circuito ya mencionado, cerró la investigación por encontrarla perfeccionada y llamó a juicio a la procesada por abuso de confianza (artículo 415 del Código Penal) y le concedió excarcelación.

"Apelada esta providencia por el defensor de aquélla, el Tribunal de Medellín, decretó la nulidad por errada calificación y conforme a tal decisión, el Juzgado Quinto Superior del Distrito, al cual pasó el proceso por razón de competencia, calificó la investigación con auto de llamamiento a juicio para la acusada por falsedad, al utilizar la letra de cambio para escribir suma inexacta y porque arbitrariamente había retenido tal documento que había sido descargado por pago de la aceptante —como se admitió por la misma acusada— y también por estafa, al promover acción ejecutiva para el pago, con base en tal documento adulterado, habiéndose procedido a su captura; dentro del término probatorio se practicaron las pruebas decretadas, entre éstas, se agregó copia del juicio ejecutivo adelantado con base en el documento referido y de las mismas aparece que el juicio se adelantó, sin haberse suspendido no obstante las comunicaciones sobre el trámite de proceso penal, hasta el remate, diligencia que se efectuó sin que se presentaran postores; cumplida la audiencia, habiendo solicitado la defensa la absolución de la procesada por no configurarse ni demostrarse las infracciones, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal mediante el fallo recurrido en casación ...".

De la demanda

Se afirma textualmente que el Tribunal "interpretó erradamente las pruebas de autos, y en forma manifiesta, deduciendo, merced a tal error, la existencia de dos delitos" que no se cometieron.

En demostración de esta censura, y como enfrentamiento a los argumentos que expusiera el Tribunal, se alude a que la sentenciada no confeccionó la letra, pues "ni escribo ni sé escribir en máquina y ni poseo tal objeto, yo he sido una humilde obrera de fábrica"; además, "soy totalmente ignorante, me limito a leer y escribir, no soy capaz de entender los términos que encierra un documento de esa clase ni cómo se llena". De donde concluye que "no fui autora material de ninguno de los dos ilícitos; en forma objetiva" ni tampoco obedeció a una intención dolosa, pues simplemente hizo "uso legítimo de los documentos que tenía para no dejar perder mis dineros".

Y en otro aparte se comenta:

"Si se permuta un documento por otro, si se pretende adquirir solamente lo que se debe; si la deuda (capital e intereses) son reales, si no se busca aprovecharse en forma exagerada, desleal, de las armas que existen para que no se pierda lo propio, ¿puede ello catalogarse como falsedad y estafa? ¿Es acaso falsa la deuda y sus intereses?". Después, en acápite que se titula "infirmación parcial", rechaza el delito de estafa por ausencia de provecho ilícito, pues "al contrario ha perdido la suma de $ 10.000.00 y sus intereses, los gastos en abogados y la vergüenza de una cárcel para mí inmerecida "... A nadie y menos a la señora Fanny Chavarriaga, he engañado ni he inducido a error, para obtener ganancia o lucros ilícitos ... me he limitado a hacer uso de un derecho de cobro, usando para ello, un instrumento que se me dio en blanco, para seguridad de que no perdería mi dinero".

Por último, de manera breve, anota: "Es lógico concluir que al estimar el honorable Tribunal Superior de Medellín que las declaraciones invocadas y estudiadas en su sentencia, unidas a la letra conforman la plena prueba de las infracciones por las cuales se me llamó a juicio, y deduciendo de esa estimación, la comisión de los delitos de falsedad y de estafa, incurrió en manifiesto error de hecho que lo inclinó a condenarme por ambos delitos. El estudio que acabo de hacer para demostrar la contraevidencia en la cual incurrió el honorable Tribunal, la invoco o mejor dicho lo reproduzco y me abstengo de hacerlo nuevamente, para no extender en forma cansona este escrito, con el fin de fundamentar mi alegación en relación con este aspecto del error de hecho ostensible en el proceso".

Lo anotado le permite a los memorialistas solicitar: que se case la sentencia y en su lugar se la absuelva a Lilia del Socorro Serna de los dos delitos (falsedad en documentos y estafa) o, subsidiariamente, se la absuelva al menos del delito contra la propiedad.

Del concepto de la Delegada

La antitécnica redacción de la demanda lleva al Ministerio Público a tenerla por imprecisa, ya que si bien alude a la violación indirecta

de la ley sustancial por error de apreciación probatoria, no concreta debidamente respecto de las alegaciones propuestas, si se trató de error de hecho o de derecho, pues al parecer hace referencia a los dos aspectos, que implican conceptos diferentes y excluyentes, como lo ha expresado la jurisprudencia de esa honorable Corte.

"Desde otro punto de vista, también se advierte que no se hace indicación o alusión a las normas medio cuya pretermisión o desconocimiento en la apreciación de la prueba, condujo al error en su estimación y por esta vía a la violación indirecta de la ley sustancial.

No obstante lo expresado, se considera que es del caso hacer el examen de las alegaciones propuestas, en cuanto conducen a negar la existencia de las infracciones deducidas contra la procesada".

En este plano la opinión fiscal demuestra que la procesada, a pesar de la correspondiente cancelación, mantuvo la letra girada en blanco en respaldo de ese crédito que no rebasaba los tres mil pesos; igualmente, que esa letra en blanco, que garantizaba una deuda ya pagada, la puso en manos de otros con la indicación precisa de llenarla en contra de Fanny Chavarriaga, resultando este obrar tan propio y doloso como si hubiera actuado en forma directa y exclusiva. Recuerda la confesión de la sentenciada, quien reconoce la existencia de dos deudas y dos distintos títulos valores, utilizando uno de ellos contra diferente deudor por el sólo hecho de tener este más solvencia y estar en blanco, pero corresponder se repite, a deuda ya saldada y excediéndose, aun dentro de su propia versión, en la cuantía de lo realmente adeudado. "No resulta demostrado, anota el Ministerio Público, el error en que incurriera el Tribunal, sin que se demuestre que se trataba de reemplazo legal del título de crédito; y aunque la deuda fuera existente, se reitera que no podía apelarse al procedimiento indicado, sin perjuicio de que la acreedora hiciera uso de las vías legales en defensa de su derecho".

Menciona luego el detallado análisis incriminativo que contiene el fallo acusado. Es así como se recuerda la falaz y contradictoria posición testimonial que a lo largo de la investigación asumiera la Serna Echeverri; la admisible declaración de Conrado Correa, quien tuvo oportunidad de observar el título por $ 10.000.00, firmado por varias personas, único que podía legítimamente utilizar en cobro judicial la sentenciada; y las concordantes y acusadoras manifestaciones de Ricardo A. Tabares, Jesús Moncada, Esperanza Martínez Durango, Luz Elena Holguín e Isabel Isaza.

Finalmente, la Delegada comenta y solicita:

"Alega también la demandante error de hecho en cuanto no se demostró que se hubiera obtenido por ella beneficio alguno; en este punto debe admitirse que efectivamente, de acuerdo con las copias acompañadas del juicio ejecutivo, el proceso si bien llegó hasta la diligencia de remate, éste no se efectuó, no obstante la diligencia de la parte ejecutante, sin que por tanto se obtuviera beneficio, ni terminara el juicio referido, que concluye con el pago de la obligación; así, aunque la demanda no lo propone, aunque sí el hecho que apoya esta conclusión, se trata de delito imperfecto (artículo 17 del Código Penal), consecuencia que se desprende de la alegación contenida en la misma, respecto a la inexistencia de beneficio; y por lo tanto en este punto, dado que se ha presentado la alegación pertinente, considera este Despacho que debe invalidarse parcialmente la sentencia para efectos de reducir la sanción, en cuanto a esta infracción y su modalidad.

"Por lo expuesto, este Despacho solicita a la honorable Corte invalidar parcialmente la sentencia para reducir la sanción en lo correspondiente al delito de estafa, en atención a lo previsto por el artículo 17 del Código Penal".

Consideraciones de la Sala

Contra lo que considera el Ministerio Público, la demanda no ofrece factores de atendibilidad dentro de un justo concepto de lo que es la técnica de casación. Lo que ésta exige está muy lejos de ser cumplido por la demanda que suscribieron conjuntamente la procesada y su apoderado especial, constituido para sustentar el recurso extraordinario de casación. Ese escrito podrá, y así debe entenderse, con un alegato de instancia en donde suele cuestionarse en forma desordenada los aspectos probatorios y jurídicos y se insinúan algunos remedios, pero no alcanza a presentar una significación y alcance como los que se echan de menos.

A pesar de que el Delegado Tercero encontró imprecisión en la formulación de los cargos, sin embargo no estimó que ésta fuera tan protuberante como para enervar totalmente la demanda. Para la Sala, por contrario modo, esto último es lo que acontece. Brevemente se demuestra así el aserto:

Nótese que la primera de las alegaciones, o sea lo relacionado con el error esencial de derecho sobre los medios probatorios, se hace incidir sobre algunos testimonios. Este aspecto tendría una doble y efectiva crítica: que por referirse a declaraciones, la ley no tiene un valor preestablecido, fijo e inmutable, pues deja librado su mérito a la sana crítica que de este elemento de prueba haga el juez. En estas condiciones, el error resulta difícil de demostrar, pues debe ser manifiesto, vale decir, ostensible, patente y claro, para evitar la constante confusión que al respecto se da, o sea, entender como error de derecho la simple disparidad de criterios; que la causal alegada (Código de Procedimiento Penal, artículo 580-1, segundo cuerpo) corresponde a una infracción indirecta de la ley, evento en el cual la Corte exige "que, además de citar (el censor) las disposiciones sustantivas violadas, se puntualice claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiera incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera"; y, finalmente, que no es posible aludir a un análisis parcial de los elementos de convicción tenidos en cuenta para emitir una sentencia de condenación, porque ésta bien puede apoyarse en los demás que han escapado a la crítica del recurrente.

Pero, de otro lado, la alegación de haberse incurrido en error de derecho sobre algunos testimonios, es, al mismo tiempo, considerada por el impugnador como error de hecho. De donde resulta evidente que se han intentado simultáneamente dos remedios incompatibles, que corresponden a planteamientos y soluciones diferentes.

En estas condiciones queda menos que imposible, para la Sala, determinar el sentido exacto de la impugnación, impidiéndose, así, todo análisis y pronunciamiento sobre el mérito de las censuras expuestas de modo tan antitécnico. Es así como la demanda unas veces admite la existencia de dos letras, con causa de valor diferente y con composición de texto diverso; pero en otros apartes, sobre estos mismos hechos, se sostiene apreciación distinta y opuesta.

En cuanto al punto de la estafa, en su modalidad de tentativa, acogida por el Ministerio Público, debe decirse otro tanto. Esta interpretación favorable fluye a expensas no de una formulación realizada en debida forma, sino por un exceso de análisis del propio Ministerio Público. A éste se le antoja que el desarrollo del proceso civil ejecutivo, que avanzó considerablemente y exigió a la parte demandada (Fanny Chavarriaga) erogaciones y perjuicios, no es suficiente para configurar el aprovechamiento que exige la figura de la estafa. Este planteamiento, tan benigno, merece más de una crítica en el plano de lo netamente jurídico. Pero no es ocasión ahora para abordarlo y definirlo. Esto, porque la demanda, en este aspecto, está igualmente mal formulada y resulta, entonces, inadmisible cualquier intento de exposición conceptual. En efecto, esta crítica correspondería a una hipótesis de infracción directa, en donde se cuestionaría la interpretación errónea que el juzgador dio a la disposición propia a este delito. Este acertó al seleccionar la norma, pero al analizar sus elementos de composición, le dio un alcance exagerado hasta convertirlo en delito perfectamente consumado, cuando se trataba de una mera tentativa o de un fenómeno de frustración. Pero la censura debía expedirse en este campo de rigor técnico, de discusión simple de la norma jurídica aplicable. Esta posición supone que el recurrente acepte los hechos, la situación probatoria reconocida por el Tribunal. Sin embargo, es notable, el esfuerzo por presentarlo como error de hecho y cuestionar la prueba, parcialmente, apreciada por el Tribunal.

Basten estas razones para desestimar tanto la petición final del Ministerio Público como las que formula la parte recurrente.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 30 de enero del año en curso, y mediante la cual impuso a Lilia del Socorro Serna Echeverri, por los delitos de "falsedad en documentos y estafa", tres años de presidio y cien pesos de multa.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

Aceptación de la demanda. Juez competente para su admisión

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 80 de 2 de noviembre de 1978.

Bogotá, D. E., noviembre 2 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de agosto de 1977, por la cual confirmó la que había proferido el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esta misma ciudad el día 11 de abril anterior, para condenar a los procesados Roberto y Juan de Jesús Arias Ayala a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión como autores responsables de un delito de hurto, y absolvió por ese mismo cargo a Lucila Bustos Aldana.

1. *Los hechos que originaron el proceso:*

Esos hechos fueron condensados en las instancias de la siguiente manera:

"De conformidad con la denuncia que está de presente a los folios 1 y 2 del cuaderno de originales, y que en posteriores ocasiones fue ampliada debidamente, se tiene conocimiento de que el señor Reyes Melquisedec Arias —quien se encontraba separado de su esposa, doña Gloria Marlene Cadena Escobar, y hacía vida marital con Lucila Bustos Aldana— tenía en esta ciudad, en la Avenida Jiménez, número 12-42, una oficina de negocios generales, entre los cuales el de prestar dineros a interés, para lo cual exigía que le fuesen girados cheques o letras de cambio por parte del prestatario y cada uno de sus fiadores, instrumentos éstos que él guardaba en su oficina. Igualmente se conoce que el día veintidós de julio de mil novecientos setenta, fortuitamente y víctima de un accidente, el precitado Arias Ayala falleció y fue conducido al Hospital de la Hortúa, y que allí mismo, a Lucila Bustos Aldana, quien estaba presente, fueron entregadas las pertenencias que portaba el occiso, entre ellas las llaves de su oficina, la cual, para ese momento, se encontraba al cuidado de la secretaria, señorita Luz Amparo Gaspar Duque. Sostiene la denunciante que en esa forma tanto la Bustos Aldana, como los señores Roberto y Juan Arias Ayala —quienes son sus cuñados por ser hermanos del muerto—, tuvieron facilidad para entrar a la oficina de su esposo y sustraer de allí los títulos-valores que guardaba, y que de ahí en adelante —por parte de Roberto fueron cobrados a los deudores apropiándose el producto; señala igualmente, que de la misma oficina desapareció un revólver y una escopeta y que tiene conocimiento que la primera de dichas armas se encuentra en poder de Lucila Bustos. De ésta dice, además, que de las cuentas corrientes que tenía su esposo en algunos bancos de la ciudad retiró los "saldos" que a él le pertenecían, y que, posiblemente, para ello tuvo necesidad de llenar a su antojo los cheques necesarios y falsificarle la firma. Se afirma también que los mismos sindicados se apoderaron y dispusieron de los dineros e implementos del negocio denominado "Conejar de Colombia" de propiedad también de don Reyes Melquisedec, instalaciones que se encontraban ubicadas en una casa del barrio "La Victoria". Como testigos de todo lo afirmado fueron citados los señores doctor José Gutiérrez Duarte, Julio César Barriga, José del Carmen Quimbayo y Luz Amparo Gaspar Duque, de quienes

—se afirma— se espera que den a conocer otros antecedentes de los hechos denunciados''.

2. *La actuación procesal.*

Presentada la denuncia por el doctor Manuel Manotas Manotas con poder de Gloria Cadena viuda de Arias, se abrió la investigación en el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá por auto de 24 de septiembre de 1970 y se comisionó al Juzgado Veintisiete Penal Municipal, para que adelantara la investigación correspondiente. Fueron indagados y detenidos Roberto y Juan de Jesús Arias Ayala y Lucila Bustos Aldana. Más tarde los tres fueron llamados a responder en juicio por hurto y luego del emplazamiento de rigor se les declaró reos ausentes y se les proveyó de defensores de oficio que apelaron el auto de calificación. Confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá dicho proveído el asunto volvió a la primera instancia en donde después de realizada la audiencia pública se produjo la sentencia de primera instancia citada en la parte inicial. Abierta la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá confirmó dicho fallo mediante el que ahora es objeto del recurso.

3. *La demanda de casación y las causales que invoca.*

Invoca el censor, en primer término, la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según dice, existe nulidad del proceso porque el juez comisionado, que lo estaba sólo para practicar diligencias, aceptó la constitución de parte civil. Considera que por este hecho existe la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y debe invalidarse todo el proceso. Transcribe, *in extenso,* una providencia de esta Sala sobre el tema de las facultades que asisten al funcionario comisionado.

La segunda causal invocada es la del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que transcribe. A su amparo formula tres cargos a la sentencia, según se verá en seguida:

a) El primer cargo lo llama de ''error en derecho'' porque, tal como alega, los juzgadores no tuvieron en cuenta los requisitos que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para fundamentar una sentencia de condena. Esta vez transcribe, también con abundancia, la sentencia de 16 de febrero de 1942 que considera le sirve de apoyo. Trae, además, una cita del libro ''Casación y Revisión en Materia Penal'' de que es autor el doctor Fabio Calderón Botero y que, en la parte transcrita, no tiene que ver con el italiano Piero Calamandrei citado así en el aparte anterior en la misma página del mismo libro. Recuerda que el Ministerio Público solicitó se emitiera en este caso un auto de sobreseimiento temporal, petición ésta que en su concepto debió ser aceptada. Pero como el juzgador decidió enjuiciar a los procesados, el asunto llegó a sentencia de condena sin que se dieran los requisitos que para emitirla exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal;

b) El segundo cargo es por ''error manifiesto de derecho'' y lo hace consistir en que no se tuvieron en cuenta las confesiones de los hermanos Arias Ayala en sus indagatorias ni en los careos, ni se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas ni las solicitadas por la defensa. De esta manera, dice, se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º del Código Penal y 1º del Código de Procedimiento Penal. Vuelve a citar el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y habla de su total desconocimiento en este caso.

c) El tercer cargo es por ''evidente error de hecho en la apreciación de la prueba atinente a la demostración del cuerpo del delito''. En este punto hace un análisis sobre los factores que integran dicha infracción para llegar a la conclusión de que no existe ella sino que todo se reduce a un proceso de rendición de cuentas que faltó. Vuelve a decir que el juzgador desconoció las pruebas que obran en el proceso y que beneficiaban a sus patrocinados, entre ellas la confesión de los mismos que, bien leído el proceso, no existe. Agrega que si el juzgador hubiera dado a la prueba el valor que tiene en derecho la sentencia habría sido absolutoria, y así llega a la conclusión de que existe violación del artículo 397 del Código Penal, del 26 de la Constitución Nacional, del 1º del Código Penal y de los artículos 1º, 210, 215, 216, 217, 310 y 489 del Código de Procedimiento Penal. En definitiva y como lo dice en el resumen del cargo: ''El error de derecho evidenciado en los autos y atribuible al Tribunal Superior de Bogotá, consistió en considerar que la 'prueba abundante en autos' era idónea para destruir una presunción de derecho como la consagrada por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 215 comentado atrás, y esa errónea estimación probatoria condujo al sentenciador a infringir el artículo 397

de la misma obra procedimental, artículo 7º de la Ley 21 de 1973 y artículo 26 de la Constitución Nacional, etc.". En relación con la violación indirecta, dice: "El tipo de violación de la ley sustancial en la sentencia acusada en el de la vía indirecta por error de hecho en la estimación de las pruebas, que condujo al honorable Tribunal sentenciador a aplicar indebidamente la ley sustancial, concretamente el artículo 397 del Código Penal, que reprime el delito de hurto, cuando, conforme a las pruebas legalmente aducidas, el proceso reclama absolución para los condenados Roberto y Juan de Jesús Arias Ayala".

4. *La respuesta del Ministerio Público.*

Afirma el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en relación con la primera causal alegada, que resulta equivocado el censor al creer que la jurisprudencia que transcribe afirma que la aceptación de parte civil por quien no tenía competencia para tomar tal decisión produce nulidad del proceso. Lo nulo sería ese acto aislado, no el proceso. Por este primer cargo conceptúa que no puede prosperar la demanda.

En cuanto a la segunda, cuyos cargos considera confusamente planteados, desarrollados bajo falsas premisas y con palpables omisiones técnicas, dice que el primer error de derecho alegado no tiene ninguna base y todo en la demanda se circunscribe a citas de jurisprudencia y doctrina y por ninguna parte aparece la demostración del error anunciado y no puede considerarse como tal el no haber sobreseído temporal o definitivamente. El segundo error de derecho que alega resulta igual al primero y, lo que es peor, mezcla el censor el cargo con uno de nulidad constitucional o legal. Finalmente, el error de hecho en la apreciación de la prueba no se demuestra, dice el Ministerio Público, "con repetir cansonamente que el honorable Tribunal Superior erróneamente apreció la prueba testimonial aportada al proceso ... etc.". Y, en cuanto a la técnica de casación que echa de menos, apunta: "Tampoco es técnico, aceptable o permisible armar juicio al fallo bajo la falsa premisa de haberse estructurado con yerros fácticos y jurídicos en frente a una misma prueba, pues es de elemental conocimiento que la simultaneidad de ellos respecto a un mismo presupuesto probatorio es inadmisible e ilógico, pues la naturaleza de cada uno de ellos hace que se rechacen entre sí". Tampoco por esta causal puede prosperar la demanda, conceptúa.

5. *Las consideraciones de la Sala.*

Así no se compartan algunos aspectos del concepto del Ministerio Público, especialmente lo relacionado con algunas expresiones que utiliza para referirse al censor y a su demanda, no puede negarse que con abundancia de razones sostiene y comprueba su petición de rechazo a los cargos que se formulan a la sentencia impugnada. Conocido este parecer por el censor dirige un memorial a la Sala en el cual dice "que es posible que por fallas en la formación de la demanda, se deseche el recurso", y reconocer de esta manera que su fundamentación no es idónea para pedir que "mediante estudio de la causa en cuestión", se acojan aunque sea parcialmente algunos pedimentos de la demanda, punto éste que desbordaría los obligados límites del recurso.

No existe la nulidad planteada en primer lugar, porque el hecho de que el instructor, así no estuviera facultado para ello, aceptara la constitución de parte civil, no es cuestión que subvierta las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional) ni que encuentre su ubicación en ninguno de los numerales del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y con base en el criterio que inspiró la jurisprudencia que cita el censor lo máximo que pueda admitirse es la nulidad del acto cumplido sin capacidad para permitir su presencia en el proceso, pero no éste y menos por incompetencia del juez que sí lo era, pues en el Juzgado Veintitrés del Circuito de Bogotá, se dan todos los factores legales que fijan la competencia. Es poco lo que puede agregarse a lo dicho por el Ministerio Público para llegar a la conclusión de que este cargo no debe prosperar.

En cuanto a la segunda causal invocada es evidente que en los tres cargos formulados se repite la misma afirmación: la de que no existe en el proceso la prueba plena y completa que se requiere para montar una sentencia de condena. Y resulta comprobado también que sobre un mismo tema, aquel que se repite en todos, según queda dicho, se alegan dos errores de derecho y un error de hecho, más la afirmación de que se incurrió en nulidad constitucional y legal, por esos mismos errores. En estas circunstancias, reveladoras de una total carencia de técnica en la formulación de los cargos, se hace imposible intentar siquiera el examen de tan contradictorios asertos.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

ERROR DE DERECHO. ERROR DE HECHO

Sus requisitos. Cómo prosperan

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 80.

Expediente número 24438.

Bogotá, D. E., noviembre 3 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 15 de febrero del año en curso, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja (Boyacá), revocó la de absolución proferida por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, para en su lugar condenar a Pedro Humberto Amézquita Corredor, por el delito de *falsedad* en perjuicio de Luis A. Ayala H., a la pena principal de dos años de prisión, a las accesorias de rigor y a pagar los daños causados con la infracción.

Hechos

Quedaron sintetizados en la resolución impugnada, así:

"... El denunciante funda su querella en que el acusado el día 30 de septiembre de 1969 le giró el cheque número 173081 contra el Banco Cafetero de Tunja, por la suma de $ 45.500, cantidad de la cual posteriormente sólo le hizo abonos parciales que ascendieron en total a la suma de $ 25.500.00, pero que como dejó de pagarle del valor de este instrumento la cantidad de $ 20.000.00, protestó el citado cheque el 27 de agosto de 1971 y luego promovió la acción ejecutiva correspondiente, en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, proceso en el cual el demandado propuso excepción de pago total del cheque, aduciendo como prueba un recibo que el denunciante califica de falso ...".

Actuación procesal

Con base en la denuncia del señor Luis A. Ayala H., el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja abrió la correspondiente investigación el día 9 de abril de 1973, y la adelantó hasta su perfeccionamiento.

El Juzgado Segundo Superior de esa capital declaró cerradas las sumarias y mediante auto del 3 de septiembre de 1976, calificó su mérito llamando a responder en juicio criminal a Pedro Humberto Amézquita Corredor como autor responsable del delito de falsedad. Recurrida esta determinación, el Tribunal Superior de Tunja la confirmó con auto del 22 de marzo de 1977.

Tramitada la causa, el juzgado del conocimiento absolvió en primera instancia al procesado en fallo del 19 de agosto de ese año. Al ser consultado dicho pronunciamiento, el Tribunal lo revocó para condenar, en la forma ya expresada, con la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

Estudio de la demanda

Para solicitar la infirmación del fallo el impugnante relata los hechos materia del proceso y en el mismo capítulo se refiere a la actuación procesal. Señala la causal primera de casación, cuerpo segundo, como comprensiva de los dos cargos que propone (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal). Entiende que el sentenciador, por haber incurrido en errores de derecho y de hecho en la apreciación probatoria, violó la ley sustancial al condenar al procesado.

Los aludidos reproches los plantea de la siguiente manera:

1. *Error de derecho.*

Lo hace consistir en que el fallador le dio valor de plena prueba a los dictámenes grafotécnicos mediante los cuales se estableció que la firma estampada en el recibo que el procesado hizo valer para que prosperara, como en efecto sucedió, la excepción de pago, en el proceso ejecutivo que le siguió Luis A. Ayala H., era simulada, pues a su entender los peritos grafólogos se equivocaron gravemente al no "... estudiar tanto los factores puramente objetivos del grafismo como los subjetivos tocante con la persona que los haya efectuado ..."; igualmente, tacha de error de derecho el haberle otorgado el Tribunal valor de plena prueba a los testimonios de Juan Anselmo Ayala, Ramón Guillermo Cifuentes y Obdulio Vargas, por cuanto el primero es hijo del denunciante y los otros dos sus dependientes.

Concluye el demandante: "... Lo anterior, significa que al apreciar erróneamente las pruebas acabadas de mencionar, el fallador de segundo grado violó las normas procesales anteriormente citadas, así como los artículos 278, 215 y 216 de la misma obra, de las cuales la penúltimamente citada exige la plena prueba para condenar, y la última ordena resolver la duda en favor del procesado, llegando de ese modo a violar la norma sustantiva contenida en el artículo 240 del Código Penal, como quiera que aquí no se demostró con plenitud la existencia del ilícito de falsedad ni la autoría de ella en cabeza de mi patrocinado para que en esa forma llegaran a estructurarse los elementos configurativos del delito de que trata dicha norma...".

El Ministerio Público considera estéril este cargo, porque en su sentir el juzgador cumplió a satisfacción los deberes que le exigía el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal al aceptar el dictamen grafológico con fundamentos de razón que le parecen respetables y porque el experticio no fue objetado en las instancias "... lo cual de haberse hecho y prosperado, obviamente habría quitado toda certeza, toda presunción de verdad, todo valor demostrativo a él ...". Nada replicó el Procurador respecto al error de derecho que formula el actor a la prueba testimonial.

Resultan atinadas las observaciones del colaborador fiscal al peritaje grafológico. Pero extraño su silencio en el aspecto anotado. De aquí que la Corte agregue:

En técnica de casación el error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo puede proponerse por dos conceptos:

a) Cuando se ha violado la legalidad *de la prueba en su aducción, y*

b) Cuando no se le ha reconocido el valor *exacto que le atribuye la ley.*

Estos eventos trasladados al dictamen pericial y al testimonio tienen las siguientes implicaciones:

Tales medios de prueba pueden ser atacados por error de derecho si el sentenciador ha incurrido en un falso juicio de legalidad, es decir, si ha efectuado la valoración de la prueba creyéndola regular o conforme a derecho. Lo que supone que la prueba fue llevada al proceso sin atender al modo previsto por la ley para surtir su natural efecto, o fue practicada sin la observancia de las ritualidades específicas que ésta exige para su formación. En cambio, estos dos medios probatorios no pueden ser impugnados por error de derecho al haberles otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo con su criterio jurídico, alegándose un falso juicio de convicción que no puede darse en ninguna hipótesis, porque se trata de elementos de certeza no tarifados. La ley no les asigna a estas pruebas un valor entendido, sino que ha dejado el dictamen pericial a la libre convicción del juez y el testimonio a la credibilidad que razonablemente a éste le merezca. Que el legislador haya indicado pautas a seguir para la conformación de ese libre convencimiento o de esa credibilidad razonada, no significa, en manera alguna, que quiso atribuirles un valor probatorio determinado.

Estas reflexiones destacan la ineptitud sustancial de la demanda en este punto.

El cargo no prospera.

2. *Error de hecho.*

Lo hace consistir "... en que el Tribunal tuvo por existente una pretendida confesión delictual que carece de evidencia ..." cuando en la sentencia consignó:

"... Este delito en la forma como se tipifica, de manera expresa lo reconoció el mismo procesado y su defensor en la etapa del juicio cuando solicitaron la libertad provisional ...".

Y, anota el censor:

"... Allí no se contiene ningún reconocimiento o aceptación sobre la existencia del delito

y su autoría, ya que tan sólo se patentiza la situación jurídica en que estaba colocado Amézquita Corredor, para hacer la exigencia de su liberación, de tal suerte que se está en presencia de la afirmación de una prueba inexistente en el proceso ...".

Finalmente, concluye que en tal virtud se violó indirectamente el artículo 240 del Código Penal, por aplicación indebida.

El Procurador contesta el reproche en estos términos:

"... No cree esta Delegada que tener al ad quem *la solicitud de libertad formulada por el condenado como una confesión de ser el autor del delito en la forma como se tipifica, sea un yerro fáctico, sino que más bien se trata de error jurídico y por lo tanto no se puede estudiar por estar equivocadamente planteado ...".*

Para la Corte no hay falla técnica en la formulación del cargo dentro del error de hecho, pues lo que hizo el Tribunal fue darle a la manifestación del procesado, en el escrito que presentó solicitando su libertad, el valor de confesión, no estando allí la aceptación del delito imputado. Esto es, que por distorsión del contenido del memorial supuso la prueba de confesión, para aducir su fuerza probatoria contra la real manifestación del reo.

En efecto, Amézquita Corredor dijo en esa oportunidad:

"... Aunque la verdad histórica y la que proporcionan la mayor parte de las pruebas que presenté es diferente a la que se afirma en el dictamen pericial, sin embargo, procesalmente puede afirmarse y con la sola finalidad de conseguir la libertad tan deseada y sin aceptar en ningún momento la existencia de una falsedad, que se dan los presupuestos previstos en el artículo 243 del Código Penal ...". Más adelante, precisó: "... sólo para fines de obtener mi libertad alego la verdad procesal *que puede deducirse del expediente sin que esto incluya que en momento alguno acepte la existencia de la falsedad alegada ...".*

El procesado admitió, en gracia de discusión y para los solos efectos de su libertad, la calificación del hecho efectuada por la justicia a fin de establecer una pena en concreto y alegar su cumplimiento, pero en ningún caso para reconocer la comisión del ilícito.

No cabe duda, se repite, que al distorsionar el fallador el contenido de la solicitud del inculpado supuso la presencia procesal de una prueba inexistente, la confesión de parte. Si ésto resulta indiscutible, la impugnación estaría llamada a prosperar. Empero, este error no fue el único soporte del fallo, hay otros, que no fueron desvirtuados por el demandante y que son más que suficientes para mantener la condena. Se trata, en síntesis, de las pruebas tachadas de error de derecho en el primer cargo propuesto en el libelo y que no pudo entrar a considerar la Corte por falta de técnica en su formulación.

En consecuencia, este cargo resulta infructuoso.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince de febrero del presente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

POLICIA JUDICIAL

Sus funciones. Quienes la componen. Su valor probatorio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 82.

Expediente número 24673.

Bogotá, D. E., noviembre 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 27 de abril último, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la del 9 de agosto del año pasado, proferida en la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, como Juez Especial de Primera Instancia, que condenó a José Joaquín Calderón Hernández, por el delito de *homicidio* en la persona del Agente de la Policía Nacional, señor Alfredo Lamprea Vega, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Quedaron resumidos, así:

"... Refieren los autos que en la madrugada del día dieciocho (18) de abril del presente año, aproximadamente a las 03:00 horas, una patrulla de la Policía Nacional adscrita a la Estación de Mesitas del Colegio e integrada por los señores Agentes Alfonso Lamprea Vega y Fredy Argos Cardona, quienes se movilizaban en el vehículo de la defensa civil de esa municipalidad, debieron trasladarse al sitio de Martínez, vereda Lucerna del Municipio de Mesitas del Colegio, Departamento de Cundinamarca, a conocer un 'caso' y que al intervenir el señor Agente Lamprea Vega, recibió un impacto producido por arma de fuego, en la cabeza, lo que le produjo su deceso, atribuyéndose la autoría de tales hechos al particular José Joaquín Calderón Hernández. Dicho ciudadano fue aprehendido el día 20 de abril a las 09:00 horas, en la calle 47 Sur número 26-10, barrio Claret de la ciudad de Bogotá, y a quien le fue decomisada una pistola en mal estado y sin marca, con número 1264, sin cachas ni proveedor, con un cartucho calibre 7.65 para la misma arma y una vainilla; así mismo, un vestido completo de color vino tinto, relojes marca Orient, Zaigor, Lanco y Ardith, un talego con fulminantes para escopeta y cuatro vainillas ...".

Actuación procesal

El 23 de abril de 1977 el Juez Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar dictó auto cabeza de proceso con fundamento en las diligencias hasta entonces producidas por la Policía Nacional y el Juzgado Promiscuo Municipal de El Colegio (Cundinamarca).

Perfeccionadas las sumarias y previo concepto del Auditor Auxiliar Veinticinco de Guerra, se profiere la Resolución número 65 del 23 de julio de ese año, por el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, convocando a Consejo Verbal de Guerra para juzgar al procesado José Joaquín Calderón Hernández, como autor del delito de homicidio en la persona del Agente de la Policía Nacional Alfonso Lamprea Vega.

Surtido el trámite indicado los vocales declararon responsable al acusado y con base en su veredicción el Presidente del Consejo, como Juez de Primera Instancia, condenó al inculpa-

do, el 9 de agosto de 1977, a la pena principal de ocho años de presidio y demás medidas complementarias.

El Tribunal Superior Militar confirmó integralmente esa determinación con la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

Estudio de la demanda

Luego de hacer una síntesis de los hechos y de la actuación procesal, el impugnante solicita la infirmación del fallo del Tribunal Superior Militar, por estimar que se dictó en juicio viciado de nulidad supralegal (artículo 26 de la Constitución Nacional), para lo cual invoca la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal).

En síntesis los motivos que aduce son los siguientes:

1. Que las pruebas solicitadas por el procesado en su indagatoria no fueron practicadas en su totalidad y que, además, a pesar de que allí expresó haber recibido un fuerte golpe en la cabeza que aún le afecta síquicamente y tener antecedentes de locura en su familia, no se le practicó un reconocimiento médico-legal para determinar si era posible de penas o medidas de seguridad, antes de proferir sentencia de primera instancia. Omisiones que en su concepto interesaron su derecho de defensa y las formas propias del juicio.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares anota que el recurrente no señala las pruebas que se dejaron de practicar y en cuanto al dictamen médico-legal afirma que dicha prueba fue evacuada regularmente.

En efecto:

Observa la Corte que el impugnante no indica cuáles fueron las pruebas "... solicitadas por el procesado dentro de la diligencia de indagatoria ...", tampoco señala la importancia de ellas para la defensa de su representado, a fin de demostrar que por tal omisión hubo una ostensible o manifiesta violación de ese derecho primordial. Como la Corporación no puede en Casación entrar a suplir, de manera oficiosa, las deficiencias de la demanda, el reproche, por este aspecto, no puede ser atendido.

Ahora bien, en lo concerniente al experticio siquiátrico, se decretó y practicó dentro del término de pruebas que el procedimiento castrense establece en la segunda instancia (artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar). En esa peritación se concluye:

1º "... El señor José Joaquín Calderón no presentaba en el momento de los hechos de que se le sindica ninguna de las enfermedades que contempla el Código Penal en su artículo 29.

2º El incriminado se encontraba en tal momento en un estado de embriaguez simple ...".

Luego, resulta extraño que el recurrente considere irregular este procedimiento, pues la circunstancia de que al dictarse sentencia de primera instancia no se hubiera producido la referida pericia, es inocua si sustancialmente esa aparente omisión quedó subsanada, en debida forma, en la segunda instancia y dentro de la oportunidad prevista por la ley que regulaba el juzgamiento.

Entonces, siendo de un lado incompleta la censura y del otro infundada, el cargo no puede prosperar.

2. Que los testimonios recibidos por el Comandante de la Policía del Municipio de Mesitas del Colegio carecen de legalidad por no ser éste competente y porque, además, los practicó bajo la gravedad del juramento; igual crítica formula a la atestación de Betulia Vivas de Calderón, pues no se le advirtió "... el derecho que la asiste de querer o no rendir declaración contra su esposo y procesado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 239 del Estatuto Procedimental ..."; y, finalmente, sostiene el censor que en las deponencias recepcionadas por el Juez Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar se violó también el principio de legalidad porque "... no se hizo constar en todos los textos de las declaraciones que los testigos fueron interrogados personalmente por el señor juez ante su Secretario ...", como lo dispone el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

De aquí concluye que no habiéndose respetado la legalidad de estas pruebas, mal podía condenarse al procesado, ya que no podían ser objeto de valoración jurídica, lo que en su sentir implica violación de las formas propias del juicio.

Se procede a estudiar cada uno de estos reparos, por separado, así:

a) Sobre la falta de competencia del Comandante de Policía de Mesitas del Colegio para recibir los testimonios de Baldomero Murillo, José Francisco Herrera, Jorge Enrique Chaves, Cecilio Murillo, Libardo Piraquive, Luis Jorge

González, Jorge Alejandro López, Guillermo Rodríguez y José Antonio Guayacán, y de haberlas recepcionado con juramento, expresa el Ministerio Público que dicho funcionario obró como miembro de la Policía Judicial "... lo que se desprende de las comunicaciones hechas por él, de las que él mismo recibió amén de la declaración que él rindió ..."; y con relación a que indebidamente les tomó juramento, anota el Procurador que en el texto se consigna todo lo contrario "... sin apremio ni juramento ...".

No encuentra la Corte acertada la censura porque efectivamente a los testigos mencionados se les recibió una simple exposición, la que en cada caso se surtió sin juramento alguno. Igualmente, resulta indudable que el Teniente Eliécer Larrota Vargas recepcionó esas atestaciones como funcionario de Policía Judicial perteneciente a la Sipec de Cundinamarca, calidad que se desprende de toda su actuación, de los sellos y antefirmas que utilizó en diligencias, oficios y comunicaciones y, por último, se deduce de su propia manifestación jurada ante el instructor. Sobre el particular ha dicho esta Corporación: "... el Decreto 409 del 7 de marzo de 1971, que constituye el actual Código de Procedimiento Penal vigente desde el 1º de julio del mismo año, dice en su artículo 285 que: "La Policía Judicial estará integrada por personal especializado de la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad". Más tarde, mediante Decreto 2347 del 3 de diciembre de 1972 se adoptó el "Estatuto Orgánico de la Policía Nacional" y en su artículo 20 dispuso que: "La Policía Nacional es auxiliar de la Rama Jurisdiccional en materia penal, debe prevenir el delito y realizar indagaciones preliminares de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y el Estatuto de la Policía Judicial". Bien se ve que las dos disposiciones transcritas se corresponden. Por su parte, el segundo Decreto en cita dispone en su artículo 95 que "La División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal tiene a su cargo recolectar, procesar y difundir las informaciones atinentes al orden público y a la criminalidad, elaborar la estadística criminal y ejercer funciones de Policía Judicial, como auxiliar de la Rama Jurisdiccional, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia'.

'Con la sigla 'Sipec', se abrevia el nombre 'División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal' que, como cuerpo especializado de la Policía Nacional concurre a la integración de la Policía Judicial, funciona en la capital de la República y dirige, vigila y coordina el servicio especializado del 'F-2' en el país. En cada capital de departamento existe una 'Seccional de la División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal' que se abrevia con la sigla 'Sipec'. Esta última, bien se ve, es parte de la Policía Judicial ..." (casación Penal, 13 de febrero de 1978).

b) Sobre la inobservancia de lo preceptuado por el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal en la declaración de Betulia Vivas de Calderón, precisa el Ministerio Público que finalmente el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar recibió ese testimonio previa imposición del contenido de la citada norma.

Entiende la Corte que si la crítica del recurrente se dirige a la exposición que rindió la señora de Calderón ante la Policía Judicial, la falta de aquella formalidad carece de importancia, porque evidentemente su declaración fue tomada después por el instructor, quien dejó expresa constancia de la exigencia legal, en los siguientes términos: "... En este estado como la declarante manifiesta ser esposa del sindicado en las presentes averiguativas, se le impone del contenido del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, manifestando que, 'lo que yo sepa lo digo' ...".

c) Sobre la circunstancia de que el juez no interrogó personalmente a los declarantes Luis Jorge González, Alvaro Herrera Moreno, Fredy Arcos Cadena, Jorge Enrique Chaves Montenegro y Hernando Herrera Moreno, conforme lo ordena el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, advierte el Procurador que al haber sido juramentados, como en las diligencias respectivas aparece, se debe "... inferir lógicamente que dicho funcionario (Juez) fue quien personalmente interrogó a los testigos...".

No es simplemente atinada, sino exacta la inferencia que hace el colaborador fiscal si se complementa con lo indicado en la parte final de cada una de esas deposiciones, en donde se hizo constar que "... se firma por quienes en ella intervinieron ...", locución o frase comprensiva de que el juez que suscribió la diligencia tomó parte en ella, o mejor, actuó cumpliendo las obligaciones concretas que, para esos casos, le impone la ley, entre las que se encuentra, la de interrogar al testigo. Esta es una forma eficaz de dejar la constancia que echa de menos el demandante.

Ninguno de los tres reparos tiene fundamento.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares —Encargado—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de veintisiete de abril del año en curso, proferida 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Para que constituya se requiere que el auto haya incurrido en un error respecto a la calificación genérica del delito

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 82.

Bogotá, D. E., noviembre 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra de la Cuarta Brigada de la misma ciudad, por medio de la cual se acogieron los veredictos condenatorios proferidos por los vocales en el proceso correspondiente y se condenó, en consecuencia, a los procesados Julio César García Alvarez, Víctor Castrillón, Bernardo Henao Peña, Luis Alberto Alvarez, José Luis Arango, Jairo de Jesús Bustamante Márquez, Alfonso de Jesús Restrepo Ruiz, Antonio Henao Peña, Hernando de Jesús o Hernán de Jesús Echavarría Jaramillo, Jesús Evelio Castaño Carmona y Julia Morales Bernal como autores penalmente responsables de la comisión de los delitos de secuestro, extorsión y robo que les fueron imputados en el proceso, modificando la sentencia respecto de las penas impuestas a Jairo de Jesús Bustamante Márquez, Alonso de Jesús Restrepo Ruiz, Antonio Henao Peña, y Hernando de Jesús o Hernán de Jesús Echavarría Jaramillo, a quienes se señaló la de catorce (14) años de presidio en lugar de la de dieciocho (18) años impuesta en la sentencia de primera instancia y respecto de las señaladas a Julio César García Alvarez, Víctor Manuel Castrillón, Jesús Evelio Castaño, Bernardo Henao Peña, Luis Alberto Alvarez y José Luis Arango, a cinco de los cuales se impuso la de trece (13) años de presidio en lugar de las mayores impuestas en la sentencia de primera instancia.

Contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Medellín interpusieron recurso de casación los procesados Alonso de Jesús Restrepo Ruiz, Víctor Manuel Castrillón, José de Jesús Arango, Julio César García, Antonio Henao Peña, Jairo de Jesús Bustamante Márquez, y el señor Defensor del procesado Evelio Castaño, recurso que fue oportuna y legalmente concedido.

De los recurrentes sólo presentaron demandas de casación, sin embargo, el doctor Luis Velásquez Rivera como apoderado de los procesados Alonso de Jesús Restrepo Ruiz y Julio César García Alvarez, ambas estimadas ajustadas por la Corte; el doctor Humberto Mejía Arboleda como apoderado del procesado José Luis Arango Escobar y el doctor Gil Miller Puyo Jaramillo como apoderado de Jairo de Jesús Bustamante Márquez, también declaradas ajustadas por la Corte.

Antecedentes

1. En las primeras horas de la noche del día 22 de diciembre de 1975 varios individuos que se transportaban en un vehículo campero marca Nissan Patrol asaltaron, a la altura del número 48-B-39 de la carrera 78 A del plano urbano de la ciudad de Medellín, al señor Arturo Duque Castaño en momentos en que éste se disponía a entrar a su casa de habitación con su pequeño hijo Juan Fernando Duque Jaramillo, a quien llevaba en sus brazos.

2. Como el señor Duque Castaño pretendiera oponer resistencia, los delincuentes le arrebataron a su menor hijo y le despojaron de un revólver que llevaba consigo, que había logrado accionar infructuosamente, llevándose a continuación los asaltantes del sitio de los acontecimientos al menor Duque Jaramillo.

3. A partir de ese día el padre del menor recibió varias llamadas telefónicas a través de las cuales personas desconocidas estuvieron exigiéndole la entrega de elevadas sumas como requisito para que su pequeño hijo, de apenas año y medio de edad, fuera devuelto a su hogar.

4. Dentro de la investigación iniciada para el esclarecimiento de tales hechos, quedó establecido que desde el mes de noviembre de 1975 Julio César García, Víctor Manuel Castrillón y Luis Alberto Alvarez, habían obtenido en arrendamiento un pequeño terreno que consideraron adecuado para servir de escondite a la víctima del secuestro que ya habían planeado, lugar que encontraron en jurisdicción de la población de Itagüí, cuya propietaria, Rosa Julia Morales Bernal, lo dio en arrendamiento a los delincuentes.

5. En aquel sitio Castrillón y García dieron comienzo a la construcción de una pieza subterránea, con la cooperación de otros sujetos, que una vez terminada, mimetizaron con tablas y virutas de madera, procediendo a continuación a la ejecución del plan criminal que habían dispuesto.

6. En efecto, en horas de la noche del día 22 de diciembre, a las diez u once aproximadamente, al amparo de la oscuridad y de la lluvia que para entonces caía en el lugar, los delincuentes guardaron en el escondite que habían dispuesto al niño Juan Fernando Duque Jaramillo, poco antes arrebatado de los brazos de su padre.

7. Allí, en el escondite situado en Itagüí, el niño Duque Jaramillo permaneció escondido durante los veintidós días que transcurrieron entre su secuestro y su hallazgo y liberación por las autoridades militares el día 13 de enero del año siguiente.

8. Pese al tiempo transcurrido desde el secuestro y a las varias llamadas telefónicas tendientes a obtener la entrega de una elevada suma de dinero por el rescate del menor, no hay constancia procesal alguna que indique que el padre de éste u otra persona cualquiera hubiese satisfecho las exigencias monetarias de los delincuentes.

Demandas de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en casación así:

1. A nombre de los condenados Alonso de Jesús Restrepo Ruiz y Julio César García Alvarez, con base en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, fundado el primer cargo en la alegación de que los recurrentes fueron sometidos a tortura para obtener su confesión inicial, con violación de varias normas del Código de Justicia Penal Militar y fundado el segundo cargo en la afirmación de haberse incurrido en grave error en la elaboración de los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales del Consejo Verbal de Guerra, lo que produjo una indebida aplicación de la pena a los recurrentes.

2. A nombre del condenado José Luis Arango, la sentencia fue impugnada también con fundamento en las causales 1ª y 4ª, ésta por error relativo a la denominación jurídica de la infracción, a causa de haberse imputado al condenado los delitos de secuestro y extorsión cuando sólo podía imputársele el de secuestro (primer cargo); a causa de haber sido incorrectamente elaborados los cuestionarios sometidos a la decisión de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra, por no haberse consignado en ellos que el procesado Arango Escobar no tomó parte en la ejecución de los hechos relativos a la aprehensión del menor secuestrado (segundo cargo); y con fundamento en la causal 1ª por haberse violado la ley sustancial al imputarse al procesado los delitos de secuestro y extorsión cuando sólo podía imputarse a éste el de secuestro (primer cargo); como consecuencia del anterior, por haberse interpretado o aplicado indebidamente el artículo 33 del Código Penal (concurso de delitos) cuando el procesado sólo incurrió en la comisión de uno de ellos (segundo cargo) y por violación del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, consistente en haberse negado valor probatorio a certificados aportados al proceso, conforme a los cuales para la fecha del secuestro del menor el condenado José Luis Arango se hallaba privado de su libertad en la cárcel de Itagüí (tercer cargo), y

3. A nombre del condenado Jairo de Jesús Bustamante Márquez con fundamento en la causal 4ª, a causa de haberse imputado al procesado la comisión de dos delitos, los de secuestro y extorsión, cuando jurídicamente sólo existía el primero y respecto de éste, exclusivamente, debió

formularse el cuestionario sometido a la decisión de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra (cargo primero) y, además, a causa de haberse imputado el delito de robo a Bustamante Márquez sin embargo, de que por haber sido quien recogió al niño Juan Fernando Duque se hallaba en imposibilidad física de apoderarse simultáneamente del revólver del padre del menor (cargo segundo).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que no hay fundamento para casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por las siguientes razones:

1. Respecto de la causal 4ª.

a) Primer cargo: Porque no se incurrió, como se alega, en errada calificación de la denominación jurídica de la infracción en la decisión que convocó el Consejo Verbal de Guerra.

Sobre este particular dice el Ministerio Público:

"... No discuten los demandantes en casación que el menor Juan Fernando Duque Jaramillo fue secuestrado el 22 de diciembre de 1975 y que de inmediato hicieron llamadas telefónicas a sus familiares para que su padre Arturo Duque Castaño entregara determinada cantidad de dinero como precio del rescate ...".

"... La teoría del concurso de delitos expuesta en el numeral anterior tiene perfecta aplicación al caso en estudio. El secuestro es aceptado por los recurrentes en casación, así como las circunstancias agravantes deducidas. La extorsión también tuvo existencia jurídica, en opinión del Ministerio Público, porque se reunieron todos los elementos que señala el artículo 406 del Código Penal. Es más: los cuestionarios formulados por este ilícito para José Luis Arango y Jairo de Jesús Bustamante se refieren en concreto a la tentativa. Por tanto, la situación de hecho quedó exactamente plasmada en las cuestiones propuestas a los vocales ...".

"... Con apoyo en el salvamento de voto que acompaña a la sentencia recurrida en casación se arguye que el secuestro es un delito complejo que comprende la extorsión. Tal afirmación no se acomoda a nuestro derecho positivo porque, como ya se demostró, la extorsión no queda subsumida íntegramente en el secuestro, ya que aquella infracción presenta elementos diferentes y bienes jurídicos tutelados distintos a los del último ilícito. Para que se dé el delito compuesto es necesario que un tipo legal esté integrado por dos ilícitos como es el caso del robo en nuestra legislación frente al hurto y al delito contra la autonomía personal del artículo 298...".

"... Claramente se advierte, como ya hubo oportunidad de anotarlo, que ninguna de las dos infracciones en estudio comprende la otra íntegramente, ya que las dos presentan particularidades propias no sólo en los bienes jurídicos tutelados y en el sujeto pasivo sino también en sus elementos constitutivos ...".

"... Tampoco existe el delito compuesto cuando se presenta la agravante del numeral 5º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973; si hay pluralidad de sujetos pasivos. Piensa el Ministerio Público que la extorsión quedaría absorbida por el secuestro en la hipótesis de que todas las actividades de los agentes se dirigieran al secuestrado y éste sufriera el perjuicio económico a que se refiere la circunstancia mencionada, ya que ésta es propia del ilícito previsto en el artículo 4º de la ley y no de la extorsión...".

"... Así, el caso en estudio viene a confirmar la teoría expuesta: el sujeto pasivo del secuestro fue el niño Juan Fernando Duque, pero cumplida esta conducta los agentes del delito se dirigieron a su padre, Arturo Duque, para que como resultado de amenazas e intimidaciones entregara determinada suma de dinero. Es obvio entonces que en un caso se atentó contra la libertad de locomoción y en el otro con medios idóneos se buscó obtener provecho económico con detrimento de la libre determinación y del patrimonio del señor Duque Castaño ...".

"... De aceptarse la tesis jurídica expuesta por la defensa de sancionar solamente el secuestro, quedaría impune la actuación ilícita ejercitada contra el padre del menor Juan Fernando Duque. La consideración de que un delito sea o no complejo es tarea del legislador y no del intérprete ...".

"... Las demandas de casación en estudio ofrecen este otro argumento: con apoyo en tratadistas tan connotados como Carrara y Alimena, sostienen que aquí debe darse aplicación a la doctrina del delito medio y del delito fin, conforme a la cual sólo resultaría sancionado el último, por ser éste el propósito final del delincuente. Tal planteamiento fue superado ampliamente desde la llamada escuela positiva (peligrosidad del agente) y hoy con mayor razón frente a la teoría de los tipos legales, pues si la

pluralidad de conductas se acomoda a diversos preceptos penales, el sujeto activo debe responder por varios ilícitos y no por uno. La extravagancia de la tesis del delito medio y del delito fin aparece de bulto en el ejemplo del individuo que roba un arma de fuego para matar a su enemigo y tan sólo responde de homicidio porque ese era su propósito ...".

"... Los recurrentes en casación tampoco respetan la tesis por ellos sostenida, ya que reclaman la aplicación del delito medio —el secuestro agravado— con menosprecio de la extorsión —delito fin—, a pesar de que la sanción por este último ilícito es mucho más benévola que la prevista para aquél ...".

"... En conclusión, en opinión del Ministerio Público no existió error en la denominación jurídica de la infracción al formular cuestionarios a José Luis Arango y a Jairo de Jesús Bustamante por los delitos de secuestro y extorsión en la forma tentada, ya que ellos se ajustaron a la realidad procesal y a las normas sustantivas vigentes ...".

b) *Segundo cargo.* Porque no se incurrió en el motivo de nulidad contemplado en el numeral 6 del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, en la elaboración de los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales, cuestionarios que como puede verse a los folios 364 y siguientes del cuaderno principal, se ajustan a lo prescrito en el artículo 559 ibídem, "ya que se preguntó por la responsabilidad penal de José Luis Arango, se determinó el hecho materia de la causa —el secuestro del niño Juan Fernando Duque—, con el propósito de conseguir un provecho o utilidad ilícitos y se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho, sin darle denominación jurídica", sin que pueda alegarse nulidad porque el propósito del agente fuese secuestrar al padre del menor y no a éste o porque se considere que el procesado no tomó parte en el secuestro del menor.

Al respecto dice el señor Procurador:

"... La acusación no concreta el cargo, pues en un principio se alude a la responsabilidad y luego se comenta que la intención de los agentes era secuestrar al señor Arturo Duque, pero las circunstancias que rodearon los hechos determinaron la privación de la libertad de su menor hijo Juan Fernando Duque ...".

"... Resulta claro que no se trata de un problema de responsabilidad sino de participación en el delito (artículos 19 y 20 del Código Penal), aspecto éste no cuestionado en el libelo de casación, y de otro lado aparece también evidente que el delito de secuestro se comete independientemente de las condiciones de edad, sexo, raza, etc., del titular del bien jurídico. Si la ley penal recoge una de estas calidades del sujeto pasivo para agravar la pena, es asunto ajeno a la estructura del delito y su aplicación incumbe en forma exclusiva al juez de derecho ...".

c) *Tercer cargo.* Porque tampoco constituye motivo de nulidad el hecho de que se hubiese imputado al procesado la comisión del delito de robo cuando a juicio del recurrente no se daban las pruebas legalmente necesarias para la imputación.

Al respecto dice el señor Procurador:

"... Estima esta Procuraduría Delegada que el actor aspira a que la honorable Corte Suprema de Justicia declare la inexistencia del delito de robo atribuido a Jairo de Jesús Bustamante, por ausencia de prueba, utilizando el motivo de nulidad del error en la denominación jurídica de la infracción. Tal procedimiento es equivocado porque en las instancias y especialmente en la audiencia hubo oportunidad de rectificar el pretendido yerro. Además, ya se explicó la naturaleza del error en la denominación jurídica de la infracción y sus consecuencias tanto en el derecho sustantivo como en el derecho procesal. Y, finalmente, se ignora si la equivocada calificación a que se alude en el libelo provino de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos o con prescindencia del material probatorio ...".

2. Respecto de la causal 1ª.

a) *Primer cargo.* No existe violación de la ley sustantiva —artículos 4º de la Ley 21 de 1973 y 406 del Código Penal—, ni por infracción directa, ni por aplicación indebida, ni por interpretación errónea, entre otras razones porque "en los juicios en que interviene el juez de hecho la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto (y) la Corte Suprema de Justicia no podría en el caso de estudio desconocer las respuestas de vocales por el delito de extorsión y condenar solamente por el de secuestro. La contraevidencia no está consagrada como motivo de casación en nuestra legislación positiva".

b) *Segundo cargo.* Porque "si bien se citan como motivos de infracción la interpretación errónea y la aplicación indebida, a más de su contradicción, es lo cierto que no se exponen las

razones jurídicas para sustentar dichas acusaciones", lo que a juicio del señor Procurador hace fracasar el cargo, "por no cumplir las prescripciones señaladas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal" (folio 121).

c) *Tercer cargo.* No procede tampoco este cargo porque se hace consistir en que el juzgador desconoció el valor de una prueba y es bien sabido que en los procesos en los que intervienen los jueces de hecho la ley concede a éstos plena libertad para la estimación del valor de las pruebas y "superadas las instancias ya no es posible desconocer el veredicto" (folio 122).

Considerando

I. Demandas de Alonso de Jesús Restrepo Ruiz y Julio César García Alvarez.

Como muy acertadamente lo ha advertido el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, las demandas de casación presentadas a nombre de estos condenados, incumplen notoriamente los requisitos formales exigidos en el artículo 576 para su admisión, limitándose a un simple alegato en el que, "si bien se mencionan las causales 4ª y 1ª del artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, no se identifica el motivo y menos el concepto de la violación con cita expresa de las normas sustantivas presuntamente infringidas y si esta violación provino de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos" (folio 96).

La Corte comparte este criterio, por lo que no es el caso, en consecuencia, de entrar a resolver sobre los motivos de casación invocados en estas demandas.

II. Demandas de José Luis Arango y de Jairo de Jesús Bustamante.

Causal cuarta. El primero ataca la sentencia con apoyo en las causales 4ª y 1ª, la cuarta con fundamento en dos cargos, por haberse incurrido en los cuestionarios en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, de modo que se imputó al procesado la comisión de los delitos de secuestro y extorsión, cuando sólo podía imputársele el de secuestro (primer cargo), y por haber sido incorrectamente elaborados los cuestionarios sometidos a la decisión de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra, en los que no se dejó consignado que el procesado Arango Escobar no tomó parte en la ejecución de los hechos referentes a la aprehensión del menor secuestrado (segundo cargo).

El procesado Jairo de Jesús Bustamante, por su parte, la ataca también con apoyo en la causal 4ª, por errada calificación jurídica del delito en los pliegos de cargo y, además, por haberse imputado a este procesado el delito de robo, sin embargo, de encontrarse demostrado plenamente que se hallaba en imposibilidad física de cometerlo (por haber sido quien ejecutó el acto de la aprehensión del menor).

Las demandas coinciden en la invocación de la causal 4ª del artículo 580 (nulidad por errada denominación jurídica de la infracción en un acto que equivale al auto de proceder) y en la indebida elaboración de los cuestionarios correspondientes, lo que indica que las respuestas deben unificarse.

El cargo se apoya en la afirmación de que al calificarse los hechos como dos delitos diferentes —secuestro y extorsión— se incurrió en el proceso en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, que a juicio de los recurrentes ha debido circunscribirse al delito de secuestro exclusivamente.

Sobre esta materia la Sala de Casación Penal ha tenido ocasión de pronunciarse en anteriores oportunidades, en una de las cuales dijo:

"... Respecto a los alcances de esta norma (ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), ha dicho la Corte en reiterados fallos, que tal error, constitutivo de nulidad, se refiere a la calificación genérica que del hecho punible hace el juzgador en la parte resolutiva del auto de proceder, bien porque en ésta 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 ...".

"... En otros términos lo que la ley sanciona como nulidad es 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 corresponda, 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, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable. Así se precisa con toda nitidez el bien*

jurídico lesionado y el ámbito de la acusación, preservándose por igual, en un justo equilibrio, los intereses de la sociedad y del procesado...".

(Casación de 16 de mayo de 1974).

Y en fallo reciente:

"... En el presente caso, a la privación de la libertad del (niño), por obra de varios sujetos, que luego de perpetrado el secuestro se dedicaron a hacer exigencias económicas a su pariente (se la ha) calificado como delito de secuestro en concurso con tentativa de extorsión, y con base en tal calificación se dictó la sentencia de condena impugnada. Los recurrentes, afirman que la calificación ha debido ser de simple secuestro, y si por caso, tomando los hechos posteriores, no como tentativa de extorsión, sino como modalidad agravada del delito base. En definitiva, y ahí está el punto fundamental, la discrepancia no se refiere al nomen juris *de la ilicitud, sino al diverso valor o significado atribuidos por el Tribunal a la conducta posterior al secuestro, que unos quieren sea delito* per se *y otros, mera circunstancia agravante de la responsabilidad. De modo que, la denominación jurídica no varía sustancialmente por cuanto que si la calificación correcta es la de secuestro agravado, en cambio de la de secuestro en concurso con la extorsión, la calificación que se haga del delito conjuntamente con la agravante, recoge, aunque con diverso valor en cuanto a la responsabilidad, el mismo hecho. Queda claro entonces, que no se presenta en este caso la situación prevista en la ley y elevada a causal de nulidad, por cuanto no se puede hablar técnicamente de error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción (si), se repite, cualquiera que sea la calificación que se dé a la ilicitud, recoge, aunque con diverso valor, la hipótesis definida en la ley ...".*

De otra parte, no constituye causal de nulidad la invocada por el defensor del condenado José Luis Arango con fundamento en que éste no tomó parte en la ejecución de los hechos referentes a la aprehensión del menor Juan Fernando Duque Jaramillo porque, como acertadamente lo observa el señor Procurador, los cuestionarios formulados al procesado se encuentran ajustados a la ley procesal y porque, además, la tacha que se formula a ellos carece de fundamento jurídico; ni es tampoco causal de nulidad la aducida por el defensor de Jairo de Jesús Bustamante en el sentido de que se imputó a éste un delito que se hallaba en imposibilidad física de cometer, porque la estimación del valor de las pruebas, en tratándose de asuntos sometidos a la decisión de los jueces de hecho, no puede ser desconocida por los jueces de derecho, salvo para declarar su contraevidencia, que es asunto ajeno al recurso de casación.

No prosperan, pues, los cargos.

Causal primera. Primer y segundo cargos. En la demanda presentada a nombre del procesado José Luis Arango se formula a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín el cargo de haber sido dictada con violación de la ley sustantiva (artículos 4º de la Ley 21 de 1973 y 406 del Código Penal), por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, al condenar al procesado por los delitos de secuestro y extorsión cuando sólo podía condenarse a éste por el de secuestro (primer cargo) y como consecuencia del anterior, por haberse interpretado o aplicado indebidamente el artículo 33 del Código Penal (concurso de delitos) cuando el procesado sólo incurrió en la comisión de uno de ellos (segundo cargo).

Reconocer la procedencia del cargo relacionado con el llamado delito complejo de secuestro extorsivo resultaría, sin embargo, no en favor sino en perjuicio de los recurrentes, por la posibilidad que se advierte del aumento de las penas, al dosificarlas de acuerdo con las varias circunstancias de mayor peligrosidad que inciden en la conducta de los condenados, lo que repugna a los fines de la casación, interesada no tanto en la pureza jurídica de las decisiones judiciales, como en la atenuación de los rigores de las penas impuestas a los recurrentes.

Como circunstancias de mayor peligrosidad se advierten en el proceso las de las causales 3ª, 5ª, 6ª y 9ª del artículo 37 del Código Penal y como agravantes, las de los apartes 2 y 6 del artículo 6º de la Ley 21 de 1973.

De otra parte, el artículo 293 del Código Penal, reformado por el artículo 4º de la Ley 21 de 1973, elevó la pena del delito de secuestro y la fijó entre los 6 y los 12 años de presidio, de manera que suponiendo la existencia del delito complejo, aquella puede ser aumentada de la mitad a las dos terceras partes, lo que quiere decir que la minima podría ir de 9 a 10 años y la máxima de 18 a 20 años de presidio, inferiores, por tanto, a las impuestas a los procesados, por el concurso de delitos, en el fallo recurrido.

Advertidos los factores de intensificación de la pena, resulta que el concurso de delitos, bajo cuyo rubro se expidió la condena recurrida en

casación, es hipótesis más benigna a los recurrentes que la del delito complejo que se alega a su favor.

Este aparte, es también evidente que, como lo anota el señor Procurador, la demanda en este aspecto adolece de graves errores de técnica, que el Ministerio Público expone muy acertadamente de la siguiente manera:

"... Primera. Es evidentemente contradictorio y peca contra la lógica y el derecho atacar una misma situación de hecho por las causales cuarta y primera. En aquélla se afirma que el proceso es nulo por graves irregularidades ocurridas en su tramitación y en ésta que es válido pero que el juzgador ha incurrido en errores *in iudicando* ...".

"... Segunda. Es igualmente contradictorio acusar un fallo por violación de la norma de derecho sustantivo, con apoyo en los tres motivos descritos en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que, como en infinidad de ocasiones lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia, dichos motivos son excluyentes: la falta de aplicación significa que el juzgador no tuvo en cuenta determinada norma de carácter sustantivo, la aplicación indebida lo contrario, es decir, que en la sentencia no se contempló la disposición legal aplicable al caso sino otra; y, finalmente, la interpretación errónea consiste en que se escogió acertadamente la ley penal, pero se le dio un alcance que no le corresponde ...".

"... Tercera. El demandante en casación no determina si la pretendida infracción a la norma de derecho sustancial ocurrió por vía directa o más bien por la indirecta, resultado de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos ...".

"... Es claro que la segunda vía no puede proponerse en los juicios en que interviene el juez de hecho, porque la ley ha consagrado la libre apreciación de la prueba para este tipo de juzgamiento ...".

"... Cuarta. En los juicios en que interviene el juez de hecho la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto. La Corte Suprema de Justicia no podría en el caso en estudio desconocer la respuesta de los vocales por el delito de extorsión y condenar solamente por el secuestro. La contraevidencia no está consagrada como motivo de casación en nuestra legislación positiva ...".

Otro tanto ocurre respecto al segundo cargo, en el que, además de aducirse la violación del artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar, por interpretación errónea o aplicación indebida, a causa de no existir concurso de delitos, sino el de secuestro exclusivamente, se invoca también infracción al artículo 19 del Código Penal, porque el procesado no tomó parte en el secuestro del menor e igualmente violación del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, porque su propósito era el secuestro del señor Arturo Duque y no de su hijo y, por último, violación de la ley, porque en la sentencia no se precisaron las circunstancias de mayor peligrosidad con base en las cuales la pena fue aumentada, cúmulo de variados cargos, por diferentes motivos y de diversos efectos jurídicos, que el señor Procurador critica fundadamente:

"... Tal presentación —dice— riñe con la técnica de casación, pues. conforme a ella las impugnaciones deben separarse y en cada una invocarse la causal, señalarse con exactitud las normas de derecho sustantivo que se estiman infringidas y en fin, exponer el concepto de la violación ...".

"... Aquí se mezclan situaciones sin afinidad como el concurso de delitos, la no participación de Arango Escobar en el secuestro del menor Juan Fernando Duque, el error en la persona del secuestrado y la imprecisión en las circunstancias de mayor peligrosidad que contribuyeron al incremento de la pena básica. Si bien se citan como motivos de infracción la interpretación errónea y la aplicación indebida, a más de su contradicción, es lo cierto que no se exponen las razones jurídicas para sustentar dichas acusaciones ...".

"... Lo expuesto hace concluir sin vacilaciones que este cargo está llamado a fracasar por no cumplir las prescripciones señaladas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal ...".

Se desechan, pues, los cargos.

Tercer cargo. El último cargo formulado a la sentencia con fundamento en la causal primera de casación, es improcedente.

Como también lo ha advertido el señor Procurador, el hecho de que el jurado hubiese incurrido en errónea apreciación de una prueba, como se alega, no puede aducirse en casación cuando la sentencia se ha dictado en un juicio con intervención del jurado de conciencia o de Vocales en los Consejos Verbales de Guerra.

"... Es suficiente recordar a propósito de este cargo que en los procesos en que intervienen los jueces de hecho la ley les concede libertad en la estimación de la prueba y superadas las instancias ya no es posible desconocer el veredicto. Como ya se apuntó, la pretensión del demandante no es otra que declarar contraevidente la respuesta de los vocales y dictar en desacuerdo con ella sentencia absolutoria ...".

"... Por ser evidentemente ilegal la aspiración del demandante en casación este cargo está llamado a fracasar ...".

(Folio 122, cuaderno de la Corte).

No prospera, tampoco, este último cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD

Legalidad del procedimiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 82 de noviembre 10 de 1978.

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos setenta y siete, revocó el fallo absolutorio pronunciado por el Juzgado Primero Penal de Circuito, en favor de Luis Eduardo Adán Arévalo, y en su lugar le impuso, por los delitos de "prevaricato y abuso de autoridad", dieciocho meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, por igual término, así como las accesorias pertinentes.

En debida oportunidad se interpuso el recurso de casación, admitido en auto de veintiséis de enero del año en curso. Luego la demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de ley, en proveído de cinco de abril del año en referencia.

De los hechos y actuación procesal

La versión, que se complementará al darse respuesta a la demanda, se toma de la versión consignada por el Tribunal; y, en cuanto a la evolución del proceso, de lo que al respecto dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"... Se investigaron en este informativo las actividades desarrolladas por el Inspector Noveno —A— de Policía Distrital, Zona de Fontibón, Luis Eduardo Adán Arévalo, en desarrollo de la querella instaurada por los hermanos Yepes Garcés, mediante la cual le solicitaban un *lanzamiento por ocupación de hecho* del señor Reinaldo Ramos Perdomo, quien para la época desempeñaba las funciones de secuestre administrador de la unidad comercial denominada Cafetería Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada, por disposición del Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, actuación que concluyó con el lanzamiento de la citada unidad comercial del local, donde funcionaba en el segundo piso, costado norte, sector nacional del edificio Terminal de Pasajeros del Aeropuerto Internacional Eldorado, con fundamento en un contrato de arrendamiento celebrado mañosamente entre el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como representante del *Fondo Aeronáutico Nacional,* con el señor Alvaro Yepes Garcés, quien para la época desempeñaba las funciones de administrador de la empresa Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada, que fue registrado el *31 de julio de 1975* autenticado en la misma fecha.

"La entrega del local que ocupaba la antes citada cafetería a los hermanos Yepes Garcés Alvaro y Armando Yepes Garcés, y posteriormente cuando por orden de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en razón de la anulación de lo actuado por incompetencia de jurisdicción del inspector ameritado, se cumplía la diligencia de restitución del local al denunciante secuestre Reinaldo Ramos Perdomo, reafirmó en la posesión del mismo a los mentados hermanos Yepes Garcés.

" 'Actividades estas que fueron denunciadas como constitutivas de los presuntos delitos de: abuso de autoridad, prevaricato y denegación de justicia' (folios 10 y 11, cuaderno del Tribunal).

"El Juzgado Noventa y Dos de Instrucción Criminal declaró abierta la investigación decretando en el auto cabeza de proceso la práctica de diferentes pruebas.

"Se oye en indagatoria al sindicado Luis Eduardo Adán Arévalo, a quien el Juez Instructor deja en libertad por estimar que su proceder se ajustó a derecho.

"Por agotamiento del término instructivo se envía lo actuado al juez del conocimiento, que lo es el Primero Penal del Circuito de Bogotá, quien decreta la clausura de la investigación por estimar que se encontraba 'perfeccionada en lo más posible', procediendo a calificar el mérito del sumario mediante interlocutorio que resuelve sobreseer en forma definitiva al imputado Adán Arévalo.

"El apoderado de la parte civil apela de tal decisión la que es revocada por el honorable Tribunal Superior, quien dispone:

" '*Llámase a responder en juicio criminal* al sindicado Luis Eduardo Adán Arévalo, de condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, por los delitos de *prevaricato y abuso de autoridad,* de los cuales trata el Código Penal en su Libro II, Título III y Capítulos V y VI, cometidos contra la sociedad *Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada,* administrada por el secuestre nombrado por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito, señor Reinaldo Ramos Perdomo, y contra las disposiciones del mismo Juzgado Diecisiete Civil del Circuito, cometidos el día 19 de agosto de 1975.

" '*Decrétase* la detención preventiva contra el sindicado Luis Eduardo Adán Arévalo, de condiciones civiles y personales ya conocidas, por los mismos ilícitos a que se refiere el punto anterior.

" '*Puesto* que el sindicado Luis Eduardo Adán Arévalo figura como funcionario público, Inspector 9-A Distrital de Policía, Zona de Fontibón, solicítase de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, se le suspenda del cargo, para poder hacer efectiva la medida cautelar, y ofíciese al F-2 a fin de que se mantenga la vigilancia del caso del sindicado, mientras se obtiene la suspensión del cargo, todo ésto previamente a la notificación de la providencia.

" '*Compúlsense* copias de los pertinentes por el juzgado del conocimiento y con destino al reparto de los Juzgados de Instrucción, a fin de que se proceda a investigar las posibles ilicitudes cometidas por los hermanos Alvaro y Armando Yepes Garcés y el señor Alfonso Caycedo Herrera, funcionario del Fondo Aeronáutico Nacional' (folios 372 y 373, cuaderno principal).

"El defensor del procesado solicita al juez del conocimiento la libertad provisional del enjuiciado de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal 'en armonía con el 80 del Código Penal', petición coadyuvada por el Agente del Ministerio Público y concedida por el juzgado, decisión que luego repone al estimar que tal beneficio sólo podía concederse al momento de calificarse el mérito del sumario, o sea en la providencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, ordenando, en consecuencia, nuevamente la detención del procesado, lo que es apelado por el apoderado del indagado.

"La causa se ritúa con el lleno de sus formalidades dándosele término con los fallos de instancia aludidos anteriormente ...".

De los fundamentos del fallo condenatorio

En síntesis estas fueron las razones del Tribunal:

Alvaro Yepes Garcés, aparecía como administrador de la sociedad "Jugos y Frutas de Colombia Limitada", y como tal tenía la tenencia del establecimiento. Así lo acreditó mediante el contrato de arrendamiento, celebrado el 16 de junio de 1973, por cuatro años, y la diligencia de embargo y secuestro de tal unidad comercial, ocurrida el 22 de julio de 1975.

La ley exige que el querellante hubiera sido privado de la tenencia material, sin mediar consentimiento expreso o tácito.

De donde deduce que Yepes Garcés, como administrador, no podía invocar la susodicha calidad para que la demanda prosperara.

La prueba exhibida al sentenciado demostraba que Reinaldo Ramos Perdomo había sucedido en la administración a Yepes Garcés, por orden del Juez Diecisiete Civil de Circuito, que le designó secuestre y como tal le posesionó, entregando los bienes y enseres de la cafetería al citado Yepes Garcés. De ahí que "si fue Alvaro Yepes Garcés, quien entregó los bienes y enseres de la unidad comercial Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia al señor Reinaldo Ramos Perdomo, por orden del Juez Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, ¿dónde puede configurarse la ocupación de hecho?".

En cuanto al elemento a sabiendas que la figura penal exige, lo deduce del siguiente párrafo de su indagatoria: "que si bien es cierto no se presentaba la ocupación de hecho por su *iniciación*, lo cual quiero subrayar, sí a partir del momento en que el señor secuestre, en vez de proceder a retirar los bienes muebles que se le habían dado en calidad de secuestro, decidió abrir la cafetería para ejecutar actos de comercio".

Y en relación con lo que denomina denegación de justicia, por no haber permitido la oposición durante el lanzamiento, la tiene por demostrada "ya que el (procesado) afirma en su injurada, que la diligencia duró de cuatro a cinco horas" (129), por consiguiente si a las horas del mediodía, como lo afirman los testigos, se presentaron tanto el señor Reinaldo Ramos, como el señor doctor Germán Arango Escobar, a oponerse a la diligencia, esta mal había podido cerrarse, si se tiene en cuenta la hora fijada para llevarse a efecto: "... de las 10 a. m., en adelante del día diecinueve ...". Persistió en darle permanencia a los efectos del lanzamiento decretado, no obstante la revocatoria del mismo, por nulidad dispuesta por el Alcalde Mayor de Bogotá, todo ello por "especial inclinación" hacia los hermanos Yepes Garcés, sentimiento que también le llevó a aceptar las oposiciones formuladas por el doctor Daniel Díaz Páez y el doctor Armando Yepes Garcés, so pretexto de que no se había decretado lanzamiento, que se había constituido una nueva sociedad y se trataba de hechos nuevos. Bajo este mismo inconfesable ánimo, el cual se califica de "ostensible simpatía hacia el querellante", resolvió devolver, sin cumplir lo ordenado por su superior administrativo, las diligencias a la Alcaldía Mayor de Bogotá, reafirmándose así "la tenencia del inmueble o local del aeropuerto, segundo piso del muelle nacional, en el mencionado Alvaro Yepes Garcés.

Los actos ejecutados fueron notoriamente ilegales (artículos 168 y 181 del Código Penal), "pues a pesar de tener conocimiento pleno de que el señor Reinaldo Ramos Perdomo era secuestre, legalmente nombrado dentro de un juicio de quiebra, y que él había recibido los bienes que conformaban la "Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada" y en tal condición estaba administrando la cafetería antes mencionada, lo despojó de los bienes para entregarlos al señor Hernando Abraham Vengoechea Robles en calidad de depósito, y estorbar la verdadera finalidad del secuestro decretado por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo previsto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Civil numeral 6º, cual era el percibir los frutos del negocio secuestrado".

Sobre las pruebas practicadas en la etapa de la causa, afirma lo siguiente:

Del testimonio del doctor Alejandro Latorre Chacón, se infiere que cuando llegó al aeropuerto, antes de las dos de la tarde, el día del lanzamiento, ya no se pudo oponer a esta diligencia; de la declaración de César Ospina Montes, secretario del inspector, se deduce que la diligencia se inició poco después de las 10 de la mañana y tuvo una duración de tres horas, aproximadamente; de la versión del agente Gustavo Aguirre López, se concluye que durante la diligencia sólo estuvo presente el capitán Vengoechea, representante de Reinaldo Ramos, quien no se opuso, y en cuanto a la pretendida oposición de Ramos, esta fue rechazada por haberse presentado cuando ya se había concluido con la diligencia. Luego se dice que existen *otros* testimonios "que en nada clarifican la situación o circunstancias en que se ejecutaron los hechos motivo de la investigación como también la comunicación del doctor Carlos Sanz de Santamaría, posterior Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, quien acompañó a la misma, fotocopias de unos contratos de arrendamiento; de unas comunicaciones del doctor Jorge Barco Vargas, antiguo Jefe del Departamento el señor Diego Arango Osorio, de unos planos de las instalaciones en el aeropuerto, una nota de Germán Arango Escobar, fraccionada; de unas facturas de pagos de arrendamiento hechos por Arango Hermanos, correspondiente al mes de diciembre de 1974, y las tres mensualidades siguientes, ya que lleva fecha 28 de mayo de 1975; del estado de cuentas de Arango Hermanos Limitada, según el Jefe de la División de Contabilidad, Alberto J. Hurtado A., para sostener que los señores Arango tenían suscrito un contrato de arrendamiento con la Aeronáutica, el cual se dio por terminado en 1972, fecha en la cual, los señores Arango en vez de entregar el local, ocuparon de hecho otro local, circunstancia por la cual el doctor Jorge Barco Vargas convino adelantar un proyecto de contrato, el cual se negó a firmar el señor Arango Escobar, por lo cual considera que nunca existió dicho contrato, o nació a la vida jurídica, por cuanto dice: "... no fue, además, registrado, ni estampillado, ni sus firmas autenticadas, ni cumplido

el requisito legal de su publicación en el Diario Oficial ...'' y concluye en el numeral *noveno*. Ante la situación planteada por la declaratoria de quiebra decretada por el mencionado juzgado contra la referida sociedad, y por los antecedentes ya anotados, el Fondo Aeronáutico Nacional celebró con el señor Alvaro Yepes Garcés el contrato de arrendamiento número 1191 Bis de 10 de julio de 1975, el cual se halla debidamente legalizado y vigente hasta la fecha, sobre el mismo local que venía detentando de hecho los señores Arango. Según informes de la oficina jurídica del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con base en este contrato y mediante las acciones legales pertinentes, el arrendatario señor Yepes, rescató el local —que no podía ser afectado por la citada quiebra— de manos de un secuestre, quien excediendo el mandato y sus funciones se había apoderado arbitrariamente del dicho inmueble ...''.

''Se allegaron además, nuevamente la sentencia del Consejo de Estado mediante la cual se declaró nulo el artículo 7º del Decreto 992 de 1930 que reglamentaba el 15 de la Ley 57 de 1905 de fecha 19 de septiembre de 1975, y con constancia de que quedó ejecutoriada el 10 de octubre de dicho año.

''El memorial de oposición a la restitución ordenada por la Alcaldía Mayor, suscrito por el abogado de la Aeronáutica Civil o Fondo Aeronáutico Nacional, doctor Daniel Díaz Páez y providencia de la Alcaldía Mayor, por la cual no accede a las peticiones del opositor. Y,

''Copia del auto mediante el cual el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito declaró la quiebra de la sociedad comercial denominada Arango Hermanos Limitada y en consecuencia decretó el embargo, secuestro y avalúo, de todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la sociedad quebrada, ya conocido en el expediente, y el oficio del inspector sindicado, mediante el cual devuelve la actuación al señor Alcalde Mayor, sin cumplir la restitución ordenada por éste''.

Reitérase: ''c) Que la resolución decretando el lanzamiento del secuestre, señor Reinaldo Ramos Perdomo, y por ende, de la sociedad Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada y la práctica de la misma fue, es y será, esencialmente ilegal e injusta, lo dice el acta de la diligencia de embargo y secuestro, decretado y ejecutado por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, cuya fotocopia tuvo en sus manos el sindicado, y en la cual se fundó su providencia, ya que los considerandos de la misma, que por su importancia transcribimos, en gracia de su brevedad, dice:

'' '*Considerandos:* Que la demanda por ocupación de hecho presentada por el doctor Armando Yepes G. reúne los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 992 de 1930. Que las pruebas adjuntas a la demanda permiten dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, y teniendo en cuenta que el secuestre, al tenor de la diligencia practicada por el juzgado, sólo tenía facultad de retirar los bienes muebles embargados y secuestrados y no la de ocupar el local para explotarlo, toda vez que el referido local en ningún momento fue embargado y secuestrado, sólo lo fueron los bienes muebles, enseres e inmuebles por destinación' '' y que los otros queden bajo llave, sellados y con las demás seguridades que autoriza la ley'', según consta de la misma diligencia de embargo y secuestro, y que con tal hecho se perturba la tenencia (artículos 125, 127, 129 Decreto 1355 de 1970) que del local referido tiene como arrendatario el señor Alvaro Yepes G. Por todo lo anteriormente expuesto, la *Inspección Novena A Distrital de Policía - Zona de Fontibón, D. E.*

''*Resuelve:*

''Porque téngase bien presente, que la diligencia de embargo y secuestro, como se dejó analizado en el auto de vocación a juicio, señalaba con toda claridad:

''1º Que se secuestraba 'la unidad comercial denominada *Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada.*

''2º Que en dicha diligencia como lo comenta en su providencia el inspector sindicado, efectuada el 22 de julio de 1975, estuvo actuando el señor Alvaro Yepes Garcés, en calidad de administrador de dicha unidad comercial, oponiéndose a dicha diligencia, oposición que no prosperó y finalmente,

''3º Que en dicha *actuación judicial,* el mismo señor Alvaro Yepes G. *entregó él al secuestre,* las correspondientes llaves del establecimiento comercial, y sólo dejó constancia de que tenía un contrato de arrendamiento suscrito con el Fondo de Aeronáutica Nacional, sobre el mismo local en el cual se cumplió la diligencia, al finalizar el inventario correspondiente, sin que por su parte hiciera exigencia alguna al secuestre para que desocupara el local.

''d) Que el señor inspector sindicado, sabía de la ilegalidad del decreto del lanzamiento por

ocupación de hecho, y de la práctica de la misma diligencia, es un hecho incontrovertible, puesto que, además de revelarle los documentos o elementos de juicio que le fueron presentados con la querella, copia de la diligencia de embargo y secuestro practicada por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito, contrato de arrendamiento, etc., que no existía ninguna ocupación de hecho, que el Reinaldo Ramos Perdomo llegó en función de secuestre por orden judicial y le fue entregado por el querellante las correspondientes llaves del local. Que tampoco tenía el querellante señor Alvaro Yepes, la posesión o tenencia del local, cuya perturbación se alegaba, puesto que se repite, cuando fue secuestrada la unidad comercial *Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada* se presentó y se opuso en su calidad de administrador de dicha sociedad, y no a nombre propio, por consiguiente no se reunían los requisitos para poder decretar el lanzamiento, pero lo hizo haciendo caso omiso de las disposiciones legales aplicables al caso.

"Y no se puede en manera alguna, justificar los hechos, con base en una presunta ignorancia de las normas legales, en primer término, porque él cita las mismas disposiciones como fundamento de su providencia, y además, porque el sindicado en su indagatoria se presenta como abogado de profesión, por consiguiente conocedor de las normas legales.

"Por ello no podía escapársele, y tuvo tiempo de estudiar el Código Civil y de Procedimiento Civil", especialmente el artículo 682-6 de este último estatuto.

El aparte e) de la transcrita providencia, destaca los elementos que revelan la ostensible simpatía del proceso hacia el querellante favorecido con su ilegal resolución. Este acápite reza "... Que las determinaciones del inspector sindicado, fueron movidas por especial simpatía hacia una de las partes, se hace ostensible, con su propio proceder, su tenacidad en sostener situaciones contrarias a la realidad procesal, para beneficiar al querellante, su desconocimiento a la autoridad jerárquica, para indiscutiblemente reafirmar en la posesión al querellante en el local que mañosamente le arrendara un funcionario del Fondo Aeronáutico Nacional.

"Efectivamente, como se dejó dicho en el auto de vocación a juicio, negó toda oposición tanto al secuestre, como al gerente de la unidad comercial secuestrada, y explicó tal situación en su indagatoria manifestando, que al señor Reinaldo Ramos sí se le permitió el acceso al establecimiento, el día de la diligencia de lanzamiento y, '... ahí sostuvimos un diálogo porque él trató de insinuar que se le oyera, lo cual no se hizo porque ya se había cerrado la diligencia, y que al doctor Germán Arango Escobar, no se le permitió el ingreso, ...' porque dentro de las mismas diligencias ya se le había negado su intervención por cuanto no acreditó legitimación en la causa tal como aparece en las diligencias, y también manifestó que al doctor Arango Escobar no le permitió intervenir, '... en segundo lugar porque de conformidad con el auto proferido por el juzgado conocedor de la quiebra no le estaba permitido intervenir dentro de la administración de los negocios que componían o hacían parte de la sociedad quebrada ...' manifestaciones que son ampliamente dicientes de la simpatía o antipatía, hacia alguna de las partes, máxime si se tiene en cuenta que el señor inspector procesado, doctor Luis Eduardo Adán Arévalo, ninguna objeción puso a la querella de Alvaro Yepes Garcés, quien era administrador de Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos Limitada y para quien sí realmente de acuerdo con la providencia que cita, del Juzgado Diecisiete Civil del Circuito, número Siete, había impedimento, no obstante lo cual, en su favor actuó con especial diligencia, como se observa de la forma como se tramitó la solicitud de lanzamiento, en las irregularidades, indiscutiblemente tendientes a favorecer las pretensiones del demandante, sin obstáculos.

"Así vemos: las constancias de presentación personal del poder, de la demanda, etc., en vez de figurar como hechas ante la Alcaldía Menor, a pesar de encontrarse el auto remisorio de la Alcaldía a la Inspección, figuran como cumplidas ante este último Despacho. La providencia que decretaba el lanzamiento, en vez de notificarse en la forma establecida en el artículo 6º del Decreto 992, en forma personal e inmediata sólo se ejecutó por aviso colocado a las cinco y media de la tarde del día víspera de la fecha fijada para la práctica de la diligencia, cuando tenía que hacerse con cuarenta y ocho horas de anticipación. En cambio cuando el Personero solicita que previamente a la diligencia se revalidara el papel para evitar nulidades, allí sí se cumplió de inmediato la solicitud mediante auto del señor inspector de la misma fecha.

"¿Y qué decir de la diligencia de restitución, ordenada por el superior en el auto que

decretó la nulidad de lo actuado por el Inspector?

"El, el Inspector Noveno A. Distrital de Policía —Zona de Fontibón— fue quien entregó la posesión del local, posesión o tenencia que nunca había tenido Alvaro Yepes Garcés, según se deducía claramente, a éste apoyado por la fuerza pública que tenía a su disposición.

"Pero para la restitución, cosa curiosa y diciente, ordenada por el señor Alcalde Mayor de Bogotá en razón de la nulidad decretada, aceptó la oposición presentada por los hermanos Yepes Garcés, de tener una sociedad de hecho instalada en el local, considera que la restitución no es posible, ya que considera que '... ello implicaría efectuar un lanzamiento no decretado ni ordenado en la providencia del señor Alcalde Mayor ...' y más adelante razona que para el evento de que se hubiera decretado el lanzamiento, aquí era aplicable lo que negó en su ilegal diligencia, la oposición de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 992, para concluir absteniéndose de cumplir la restitución, y en consecuencia dejando en poder de los hermanos Yepes G., el local, y en manos del depositario, los bienes que habían sido secuestrados como integrales del establecimiento comercial denominado Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia, por él nombrado en dicha diligencia.

"Finalmente, la parte que se dejó transcrita en el auto de vocación a juicio, de las explicaciones y descargos, no dejan la menor duda del factor a sabiendas exigido para la configuración del delito, o el dolo ...".

De la demanda

Un único cargo formula el censor y lo hace consistir en que el fallo "es indirectamente violatorio del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal *que dejo de aplicar* y del 215 de la misma obra y de los artículos 168 (modificado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963), 171 y 33, del Código Penal, *que aplicó, indebidamente,* como consecuencia de errores evidentes de hecho". Erró el Tribunal, para el memorialista, en afirmar, por parte del sentenciado, animadversión hacia Reinaldo Ramos Perdomo, Diego Arango Osorio y Germán Arango Escobar, y afectó para con los hermanos Armando y Alvaro Yepes Garcés, al proferir la Resolución 015 de 14 de agosto de 1975, decisión que nunca fue contraria a derecho; y también erró cuando tuvo por verdad que el condenado, negara toda oposición a los interesados en permanecer en el establecimiento comercial sobre el cual operó el lanzamiento. La causa de estos fundamentales desaciertos puede ubicarse en que se dejaron de apreciar "los documentos de folios 48, 356, 420 y siguientes del proceso, porque no se tuvo en cuenta las declaraciones de Reinaldo Ramos Perdomo (folios 17 a 23), Alejandro Chacón (folios 462 y siguiente), la indagatoria del proceso (folios 6 a 91 y 126 a 133) y los documentos glosados a folios 4, 50, 51, 52 vuelto, 53, 81 y siguientes, 181 a 188, 482 a 519, 522 a 527, 529 a 530 y 549, del expediente, los apreció mal, de modo parcial que cercenó su real contenido favorable al recurrente".

Estima el censor que la equivocación fundamental del Tribunal puede advertirse en que imaginó un secuestro y embargo sobre el establecimiento comercial, que era propiedad de la Aeronáutica Civil, y dejó de precisar que aquél sólo comprendía los muebles y enseres donde funcionaba la quebrada sociedad "Cafetería, Jugos y Frutas de Colombia Arango Hermanos", decisión judicial que ordenaba al secuestre su retiro y no su aprovechamiento para continuar en su ilegal utilización. De otro lado interpretar la indagatoria del procesado, como se hizo en el fallo, para deducir de esta pieza un propósito doloso de proceder contra la ley, es dejar de observar las verdaderas razones del sentenciado, que negaban esta situación y aseveraban una contraria. Rechaza la pertinencia del artículo 682-6 del Código de Procedimiento Civil, en cuestiones que involucren fenómenos de quiebra.

Sobre los aspectos tenidos en cuenta en el fallo para demostrar las motivaciones de animadversión y afecto atribuidos al sentenciado hacia las partes en conflicto, expone lo siguiente:

La demanda y el poder se presentaron ante la Alcaldía Menor de Fontibón y enviados por ésta a la Inspección Novena Distrital de Policía (ver folio 48); se dio fiel cumplimiento al Decreto 992 de 1930, artículo 6º, porque este prescribe que "*dentro* de las cuarenta y ocho horas siguientes a la admisión del escrito de queja", que se notificará personalmente o por avisos, se procederá al lanzamiento, y no dice que *pasadas* cuarenta y ocho horas se cumplirá este acto; que la revalidación del papel se ajustó a derecho (artículo 104 del Código de Procedimiento Civil y folios 52, vuelto y 53).

Respecto de la negativa a conceder procedentes oposiciones, anota el casacionista lo siguiente:

Los testimonios que obran sobre esta cuestión favorecen ampliamente al procesado, porque Ramos Perdomo (folio 21), afirma que llegó al aeropuerto cuando la diligencia había terminado, afirmación que también indica el abogado Alejandro Latorre Chacón. Este último, a quien se le mostró el proceso en esa diligencia, atestigua que "me convencí de que ya no podía hacer oposición".

Destaca el recurrente, al tenor del artículo 15 de la Ley 57 de 1905, "que la única manera que tienen los ocupantes de oponerse al lanzamiento es presentando el contrato de arrendamiento que ya se conoce en autos no tenían los Arango ni ninguna de sus fantásticas sociedades, pues se habían apoderado de hecho del local en que también el secuestre quiso perpetuarse en detrimento de los intereses de la nación y de su legítimo arrendatario. Mientras no se le presente contrato de arrendamiento por parte de los querellados el funcionario de policía tiene que lanzarlos so pena de incurrir en las sanciones de que trata el artículo 12 de la misma ley. Expresamente dice la ley que contra la resolución de lanzamiento no cabe ningún recurso".

Con todo y esto, el procesado fue benigno y tolerante con los Arango, al punto que concedió apelación ante la Alcaldía Mayor y dejó intervenir a Germán Arango Escobar, como Gerente de sociedad que no era parte en el proceso y cuya existencia jurídica ni la personería resultaron acreditadas.

Finalmente escribe sobre la restitución ordenada por la Alcaldía, y que se dice incumplida por el sentenciado:

"Para la diligencia se señaló el día 14 de enero de 1976, según se desprende del acta glosada a folios 181 y siguientes y a ella se opusieron los doctores Armando Yepes Garcés, apoderado del propietario de la Cafetería Nemqueteba y arrendatario del inmueble y el doctor Daniel Díaz Páez, en su calidad de apoderado del doctor Carlos Sanz de Santamaría, representante del Fondo Aeronáutico Nacional, quien para reforzar sus argumentos verbales dejó el escrito que aparece a folios 522 y siguientes del proceso.

"Frente a esta oposición formulada oportunamente y que sus sostenedores fundaron con sesudos argumentos, el señor Inspector Noventa y ocho. A. Distrital de Policía se abstuvo de restituir en la posesión que nunca tuvo del inmueble a su antiguo ocupante de hecho, señor Reinaldo Ramos Perdomo (el secuestre es mero tenedor y en modo alguno poseedor); dejó en libertad a las partes para acudir a la justicia ordinaria si deseaban hacer valer sus derechos, tal y como ya lo había dispuesto la Alcaldía en la resolución que anuló lo actuado y para que continuara el trámite le remitió las diligencias.

"No fue, entonces, por animadversión a Ramos Perdomo y a los Arango Escobar y afectó a los hermanos Yepes Garcés que el doctor Adán aceptó la oposición que en la diligencia de restitución que la Alcaldía ordenó hacerle a aquél, sin competencia para ello y en contra de claras disposiciones legales, sino porque oportunamente se formuló fundada y razonable oposición, por el cumplimiento de sus deberes de protección de los bienes particulares, Cafetería Nemqueteba y de los de la nación, el local en que estaba funcionando, que se abstuvo de darle curso a la misma".

Cierra la alegación con estas reflexiones:

"Quedan, pues, en evidencia los yerros cometidos por el Tribunal *ad quem*, ya que, no obstante la existencia de las pruebas que acaban de examinarse y que palmariamente demuestran que el doctor Adán Arévalo se ciñó a la ley al decretar el lanzamiento por ocupación de hecho del local propiedad de la nación y que el Fondo Aeronáutico le había arrendado al señor Alvaro Yepes Garcés; negar la oposición que el denunciante Reinaldo Ramos Perdomo y el Gerente de la sociedad quebrada trataron de formular cuando ya se había cerrado la diligencia de desocupación material del mismo, y atender la que oportunamente sustentaron los abogados de la entidad y del inquilino a la restitución del bien a su antiguo ocupante de facto, o, cuando menos, que la responsabilidad del procesado por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad de los que se le acusó en el auto de proceder sí es muy dudosa, sostuvo en el fallo recurrido que por efecto a los querellantes y animadversión a los querellados había ordenado lanzarlos y que, arbitrariamente y con perjuicio de propiedad ajena, les había negado la oposición en la diligencia de lanzamiento y la había admitido al abogado del Director de la Aeronáutica Civil, doctor Carlos Sanz de Santamaría y del inquilino cuando se trató de cumplir la restitución del inmueble.

"3.8. Los errores que se han dejado comprobados le impidieron al juzgador de segunda instancia aplicar el artículo 216 del Código de Pro-

cedimiento Penal e impartir la absolución al procesado y, por el contrario, lo llevaron a condenarlo con aplicación indebida de los artículos 215 ibídem y 168 (modificado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963), 17 y 33 del Código Penal, a la pena de dieciocho meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término y al pago de perjuicios en abstracto, como autor responsable de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

"3.9. Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá hubiera tenido en cuenta los documentos señalados como no apreciados y no hubiera cercenado el genuino alcance probatorio, ampliamente favorable al procesado, de las declaraciones y de los documentos que se puntualizó fueron mal apreciados, que los hubiera visto en su totalidad, correctamente, habría tenido que absolver al doctor Adán Arévalo, dándole aplicación al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

"3.10. Al no hacerlo en la forma preindicada cometió error evidente y trascendente, cuya enmienda se impone por parte de la honorable Corte, previa la casación del fallo recurrido y para que en la decisión se restablezca el derecho objetivo o material.

"4. *Petición.*

"Por lo expuesto con el debido acatamiento solicito a la honorable Corte Suprema de Justicia:

"Casar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que condenó al doctor Luis Eduardo Adán Arévalo por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, y en función de instancia, absolverlo de los cargos que le fueron deducidos en el auto de proceder, confirmando la decisión del juez de primera instancia . . .".

Del concepto fiscal

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estimó inadecuada la demanda por afirmar el censor que el "sentenciador quebrantó indirectamente el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal" *que dejó de aplicar,* como también el 215 de la misma ley y los artículos 168, 171 y 33 del estatuto punitivo *que aplicó indebidamente.* Como se ve, el cuestionamiento que como aserto presenta el censor, no se identifica fielmente con el modelo de técnica que ha diseñado con insistencia machacona la honorable Corte en su jurisprudencia, lo que sería suficiente para desechar el libelo acusatorio".

Y se agrega: "Si el fallador *ad quem* aplicó indebidamente normas penales sustanciales, lo que está planteando el actor es la denominada violación directa a la ley penal sustancial, hipótesis que obliga a demostrar por qué la norma tenida en cuenta no era la aplicable, indicando ciertamente cuál era la ajustable debidamente al caso, obligación no cumplida en la demanda a estudio. Además de esta falla hay que apuntar otra, muy seguramente de superior entidad a la anterior. Es la consistente en el planteamiento simultáneo de los dos quebrantos producibles a la ley sustancial: el directo y el indirecto, cargo que dificulta e imposibilita lógica y jurídicamente el estudio a fondo de la censura por cuanto, entre otras razones, el principio de contradicción se levanta infranqueablemente, obstaculizando, mejor, impidiendo dicho estudio. De estar decidido el actor por imputar el fallo una violación directa a la ley penal sustancial, para el caso presente la aplicación indebida de ella, la postura intelectual principal es la aceptación de que el condenado cometió el delito imputado, la realidad tangible de los hechos, más el juzgador erró en la escogencia o aplicación de la norma debida. Y si errores evidentes de hecho viciaron el discurrir del sentenciador en la valoración de la prueba, se está negando enfáticamente la autoría o comisión de la delincuencia, pues que la declaración de responsabilidad que se impugna es "innegable antinomia entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

"De tal suerte que con la enunciación del cargo único que se hace al fallo impugnado y con el desarrollo del mismo enunciado, se siembra innegable incertidumbre, pues se llama la atención para una decisión, teniéndose en cuenta los dos extremos antagónicos de violación indirecta de la norma procedimental penal, y de violación directa de la penal sustancial con un mismo acto procedimental, o sea el fallo cuestionado, lo que a todas luces es inaceptable. Oficiosamente no se puede escoger por la honorable Corte uno u otro extremo acusatorio al fallo, dado caso que el actor es quien tiene que fijar, sin hesitación alguna, su posición en frente a los estragos o nocividad que el fallo produzca a la ley penal sustancial, ya que no a la adjetiva o procedimental.

"Débese también dejarse en claro, en el supuesto caso de que se tratara de una violación

indirecta a la ley penal sustancial, que no es suficiente o satisfactorio legalmente que el actor reduzca su actuación a un simple razonamiento de contradicción al que guía al *ad quem* en el pronunciamiento de responsabilidad, pues es la honorable Corte quien ha repetido que la casación no es establecimiento para confrontamiento entre 'el discurso probatorio del sentenciador con el discurso crítico del recurrente'. No. Al presentarse el impugnante a la sede casacional para que se invalide el fallo recurrido porque él fue enmarcado en errores de análisis probatorio, sólo puede esgrimir como arma de combate al pronunciamiento condenatorio el error de hecho manifiesto o el error de derecho, de precisiones ambos en el abundante o caudaloso cuerpo jurisprudencial de la honorable Corte".

El memorialista, en escrito posterior a esta crítica de la Delegada, tuvo oportunidad de demostrar la incorrecta interpretación que ésta había dado a su demanda y destacar, con notable y preciso acervo jurisprudencial, cómo su libelo se ajustaba a los dictados técnicos que la misma establece.

Fue así como insistió en establecer que los errores de hecho cometidos por el Tribunal tenían una objetividad tan marcada que sólo basta su enunciación y referencia a las comprobaciones que arroja el expediente, sin discurrir de modo subjetivo sobre las mismas. Afirma que nunca ha invocado la violación directa de la ley, sino la indirecta, como consecuencia de errores de hecho y de derecho, perfectamente separables y separados. Esta clase de errores bien pueden incidir en interpretaciones erradas de las normas o en aplicaciones indebidas de ésto, sin que esto último quiera decir que se cambia el aparte de la causal invocada.

Tiene igualmente ocasión de anotar que la Procuraduría, en este caso, se equivoca al pensar "que cuando la ley se deja de aplicar al caso que gobierna, o se aplica al que lo rechaza, lo único que se puede denunciar es su *violación directa*. Pero, de acuerdo con la naturaleza misma de las cosas, la *falta de aplicación y la aplicación indebida* y/o *la aplicación indebida y la falta de aplicación,* son la forma natural del quebranto indirecto de la ley porque se acomodan precisamente, a la situación jurídica que plantean los frecuentes errores de hecho y de derecho cometidos por los Tribunales. La violación directa de la ley sustancial rara vez se da. Este aserto se comprueba a diario. En el proceso penal son inseparables en el momento de dictar el fallo, el juicio de hecho y el juicio de derecho, como anverso y reverso, cara y sello de la misma moneda. Lo que quiere decir que, demostrados los yerros de hecho o de derecho en la valoración (fáctica o jurídica) de las pruebas, debe, ineludiblemente, concretarse la norma sustancial violada con la sentencia y *la forma en que lo ha sido,* a fin de hacerle ver a la Corte que el precepto legal no encaja con los hechos realmente probados y que es otro el que ellos reclaman. Es, vuelvo a escribir, lo que ordenan los artículos 374, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil y 576, inciso 1º del de Procedimiento Penal".

Finalmente comenta: "Es que entre el quebranto indirecto de la ley sustancial debido a yerros de hecho que aparezcan comprobados en el expediente (o de derecho en su caso) y la *falta de aplicación* y/o *la aplicación indebida de la ley sustancial,* hay un vínculo inescindible, una correlación perfecta, un nexo necesario de causalidad. Por ello la falta de aplicación y la aplicación indebida de la ley no son una modalidad exclusiva de la violación directa de la norma jurídica, sino que son predicables igualmente de la violación indirecta ... si me hubiera limitado a expresar que por errores evidentes de hecho el *ad quem* había violado la *ley sustancial,* se habría replicado, seguramente, que me había quedado a *mitad de camino* por no haber indicado qué normas había dejado de aplicar y cuáles había aplicado indebidamente como consecuencia de los errores señalados".

Consideraciones de la Sala

La formulación del cargo está debidamente planteado, como bien expuesto su fundamento. Las manifestaciones que el recurrente hace, en relación con la sentencia impugnada, encuentran una fácil comprobación en autos y basta a la Sala, para llegar a esta conclusión y admitir la censura, seguir al paso las reflexiones del memorialista y confrontarlas con el expediente, pues cada una de sus citas o referencias corresponde a una realidad procesal.

De ahí, entonces, que se diga:

Se cuestiona la legalidad del procedimiento adelantado por el doctor Luis Eduardo Adán Arévalo, pero se parte para ello de bases inexistentes e interpretaciones contrarias a derecho.

Cuando se afirma que Alvaro Yepes Garcés pretendía recuperar o mantener para él la posesión del establecimiento comercial "Jugos y

Frutas de Colombia Limitada", no tenía la posesión del mismo y se presentaba como administrador del mismo, se olvida que esta condición la tuvo en relación con el inicial funcionamiento de este establecimiento, pero luego, cuando se produjo la dilatada cesación de pago, que llevó a la caducidad del contrato, y su declaratoria de quiebra, él celebró con la Aeronáutica Civil, nuevo contrato y sobre distinto inmueble. El procuró la retención de algunos enseres, porque alegaba dominio exclusivo sobre ellos, pero la pretensión resultó fallida. Pero ésto no le inhabilitaba para ejercer acciones procedentes con relación a su condición de arrendatario, distinto del que tuvieron en otra época los señores Arango, y a ese nuevo negocio que debía funcionar bajo su propia y única dirección.

Esta situación jurídica constituye una realidad incontrovertible, ignorada por el fallo que se acusa. De los documentos de folios 482 a 515, se deduce claramente que el inicial contrato celebrado con Diego Arango Osorio y Germán Arango Escobar, para ocupar un local de 178 M2 y con un canon mensual de $ 8.000.00 fue celebrado el 22 de febrero de 1971. Se canceló ese acuerdo según los oficios DD-455 de 21 de septiembre de 1972 y DD-635 de 14 de noviembre del mismo año. Pero los señores Arango, lejos de desocupar totalmente las instalaciones pertenecientes al Fondo de Aeronáutica Civil, en el aeropuerto Eldorado, ocuparon de hecho otro aledaño local (211.58 M2). Cuando se trató de legalizar ésto, mediante nuevo contrato, que se distinguía con el número 0511 de 5 de septiembre de 1973, con un canon mensual de $ 20.000.00, la negativa de los Arango impidió que esta nueva contratación tuviera vigencia. Lo que los Arango adeudaban al Fondo de Aeronáutica Civil, por concepto de arriendos y servicios, ascendía a la suma de $ 691.397.66, acreencia que tuvo que hacerse valer en el juicio de quiebra seguido en el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá. Posteriormente, mediante contrato número 1191 bis de 10 de julio de 1975, se concedió en arriendo el local en cuestión al señor Alvaro Yepes Garcés.

Es indubitable, pues, que la contratación con los señores Arango había terminado y que estos se negaron a su renovación e igualmente que, con Alvaro Yepes Garcés, se hizo acuerdo de nuevo arrendamiento.

No había ningún derecho de los Arango para permanecer en instalaciones del aeropuerto Eldorado y esta prerrogativa legal contaba para el señor Yepes Garcés, el único que podía presentar un contrato válido y vigente.

Ahora bien, si los Arango no podían permanecer en ese local, menos podía hacerlo el secuestre Reinaldo Ramos Perdomo. Este, y es aspecto que constituye otra incuestionable realidad jurídica documentada, respondía apenas de los bienes y enseres del establecimiento comercial sobre el cual operaba el secuestro y embargo y debía retardos del local oficial, que no estaba ni podía estarlo, incluido en esta medida preventiva. Así se desprende, en forma meridiana de la diligencia judicial que aparece a folios 8 y siguientes y más específicamente de los documentos de folios 529-530. El juzgado no puso bajo su dirección el funcionamiento del local, ni estableció derecho alguno, sobre este sitio, para aquél. Mal podía hacerlo si el contrato de los señores Arango no tenía ya vigor alguno y eran unos simples ocupantes de hecho. El nombramiento de secuestre no le saneaba su título ni mejoraba su condición. El Fondo de Aeronáutica Civil mantenía bajo su poder este local y sobre el mismo el prevalente derecho corría a cargo de esta institución y del señor Alvaro Yepes Garcés. Mencionar el artículo 682-6 del Código de Procedimiento Civil, constituye una impropiedad legal inexplicable.

Tampoco, como muy bien lo afirma y demuestra el censor, se desconocieron u obstaculizaron los emergentes derechos de Ramos Perdomo. El señalamiento de la fecha de lanzamiento, como muy bien se destaca, es cuestión que puede y debe celebrarse *dentro* de las cuarenta y ocho horas de su aviso, pero no como erradamente lo entendió el Tribunal, después de pasado este término. El texto del artículo 6º del Decreto 992 de 1930 a su sola lectura, fija esta demostración. Extraña que en establecimiento comercial como al que se refiere esta decisión, atendido permanentemente por su secuestre o administrador delegado, no se dieran cuenta desde las cinco y media de la tarde del 18 de agosto de 1975 hasta las 10 de la mañana (o más) del día siguiente, cuando se efectuó la diligencia, de la próxima celebración de esta medida. La ley fue cumplida en este acto, pero los interesados parece que querían sacar mejor partido de su supuesto desconocimiento o de la tardanza de su actuación. Pero sí fue indicada con la debida anticipación, así fuera breve, porque el procedimiento en estos casos es celeroso, y se realizó en tiempo debido. No hay motivo alguno para censurar al funcionario y deducir de esta limpia actuación motivos de animadversión para el perjudicado con la

medida o de afecto para con el beneficiado con la misma. Igual apreciación brota del aspecto de la revalidación de papel, porque el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil no quiere que se pierda el derecho, por esta inicial irregularidad, sino que se purifique el vicio, y se haga rápidamente, para que aquél pueda tener plena operancia. Al Tribunal, desconociendo el texto y finalidad de este dispositivo, se le antojó, caprichosamente, que la rapidez de este evento podía tomarse como motivo de desconfianza de la rectitud del procedimiento, para deducir, por contrario, razones de prevención para unos y de entendimiento con otros.

Cuanto a la oposición que pudo ejercitar el señor Ramos Perdomo, la argumentación que al respecto ofrece el fallo impugnado, para demostrar que la misma fue negada, resulta inaceptable y contraria a la documentación existente, a la prueba testimonial aportada y los juicios lógicos deducibles de una y otra.

Todo el apoyo, en este punto, se concreta en explotar inadecuadamente una manifestación aproximada del procesado sobre la duración de la diligencia de lanzamiento: como se inició a las diez de la mañana y esta pudo tal vez *durar de cuatro a cinco horas, los posibles oponentes, que llegaron a eso de las dos de la tarde, debieron ser oídos. Pero el dato de duración, indicado al cálculo por el doctor Adán Arévalo, no es el aspecto cierto y real de la cuestión. Por sobre este factible error de apreciación cronológica está su conclusión de haber llegado los opositores con retraso tan absoluto y definitivo que ya la diligencia había concluido. Y la prueba a este respecto es sólida, concordante y de una idoneidad excepcional. Nadie ha tachado de falsa la actuación señalada en el documento de folios 55 y 56, ni menos que sus testigos actuarios asintieran falsedades. Si allí se dice que "no se ha presentado ninguna prueba ni oposición valedera", no puede negarse valor y mérito a este aserto. El resulta incólume y a él hay que atenerse.*

Pero como si fuera poco, la prueba testimonial, colateral a la atestación oficial, corrobora ampliamente su pronunciamiento. En efecto el propio apoderado de Ramos o de Arango, doctor Alejandro Latorre Chacón —folios 464 y siguientes—, atestigua que cuando se hizo presente (después de las 12 del día, a su regreso de los juzgados, recibió la solicitud de Germán Arango Escobar para que lo acompañara; al rato le recogieron y salieron para el aeropuerto) "el lanzamiento estaba prácticamente consumado y si mal no recuerdo quedaba por desalojar un mostrador largo. Yo hablé personalmente con el señor Inspector doctor Adán ... me manifestó que la diligencia *estaba cerrada* y que no cabía oposición. Tuvo la gentileza de *mostrarme el proceso policivo y me convencí de que ya no podía hacer oposición,* convencimiento que tuve dentro de mi experiencia como especializado precisamente en lanzamientos y en oposiciones" (subraya la Sala).

La diligencia, pues, había concluido y estaba debida y necesariamente cerrada. Hasta su finalización nadie hizo oposición y para llegar a su término había pasado el tiempo adecuado para ejecutar el lanzamiento. Que faltara algún mueble por ser movilizado totalmente, es aspecto sin influencia alguna. Lo que contaba era el largo tiempo transcurrido (10 a. m. a 1 p. m.) y la conclusión de la correspondiente acta. Pero, además, esta situación la respaldan totalmente César Ospina Montes —folios 470 y siguientes—, Gustavo Aguirre Velásquez —folios 476 y siguientes— y el propio denunciante, Reinaldo Ramos Perdomo —folios 17 y siguientes—. Y tan así ocurrió que Hernando Abraham Vengoechea, administrador y depositario, a nombre de este último, firmó la aludida diligencia —folio 56— y no dejó la más mínima constancia de contradicción o divergencia con lo allí consignado. Pero, como muy acertadamente lo destaca el recurrente, qué oposición cabía si la única posible era exhibir el contrato de arrendamiento, del cual se carecía (Ley 57-15 de 1905) y el secuestre apenas lo era de los bienes del establecimiento (elementos y enseres) y eso para retirarlos de allí, acción que había omitido y pretendía mudar en una ilegal explotación del ajeno local.

El Tribunal, que de situaciones irreales o contrarias a derecho, infirió motivaciones de antipatía, no paró mientes, para destruir este imaginado juicio, que el Inspector Noveno, doctor Eduardo Adán Arévalo, mostró al doctor Latorre Chacón, lo actuado, sin pretender ocultamientos, y luego concedió una apelación improcedente. Si algo revela este comportamiento, es el ningún sentimiento de animadversión o predilección, que afectara al procesado. Aquí, en el impertinente trámite de conceder la apelación, que después le valiera censura, se revela la limpieza de su conducta y la imparcialidad de su actuación, la que se produjo en hechos de suyo complejos y propicios a las torcidas interpretaciones de quienes suelen resultar vencidos.

Posteriores intervenciones, concretamente la insólita restitución que ordenara la Alcaldía Mayor, no le merecen a la Sala ninguna censura. Las explicaciones del procesado a este respecto, así como la documentación que las respalda y las apreciaciones acertadas que ha hecho el impugnador, cuyo texto se ha copiado extensamente sobre el punto, son suficientes para reafirmar que actuó dentro de la ley y no deterioró sus funciones a expensas de sentimientos inconfesables. No hay pues, indicio alguno que permita vislumbrar un ánimo doloso en el actuar del funcionario sentenciado. Ni menos que obrara por animadversión o afecto hacia alguna de las partes. En asunto delicado y de suma complicación, intervino correctamente. Fue prudente pero severo; fue celeroso pero seguro; fue activo pero no arbitrario. En síntesis obedeció los dictados de la ley pertinente. El fallo ha perdido toda su fundamentación incriminatoria.

De ahí que no pueda deducírsele el delito de prevaricato y menos el de abuso de autoridad. Los errores de hecho y de derecho, destacados por el casacionista y analizados por la Sala, permiten fundadamente deducir que en algunos casos se mal interpretó la ley, y en otros, se dejó de aplicar la que debía.

Prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en contra del doctor Luis Eduardo Adán Arévalo, por actuaciones suyas como Inspector Noveno Distrital de Policía, Zona de Fontibón, Distrito Especial de Bogotá, y en su lugar le ABSUELVE de los delitos de "prevaricato y abuso de autoridad", por los cuales fuera llamado a juicio y condenado.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Cómo opera con la vigencia de la Ley 17 de 1975

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 82, noviembre 10 de 1978.

Bogotá, D. E., noviembre 15 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Eleázar de Jesús Vélez (alias "José Cifuentes"), contra la sentencia de 9 de octubre de 1976, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al confirmar la de 22 de julio de ese mismo año proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ciudad Bolívar, le condenó a la pena principal de tres años y tres meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, al igual que a otros procesados, "por los delitos contra la salubridad pública y cohecho".

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de rigor solicita de la Corporación rechazar la demanda, por medio de argumentaciones a las cuales se hará debida referencia en los pasos pertinentes.

Hechos y actuación procesal

En la sentencia cuestionada, los primeros fueron relatados así, con sujeción a las pruebas recaudadas:

"El 25 de mayo del presente año (1975), el señor Inspector Municipal de Policía de Ciudad Bolívar, acompañado de agentes de la policía, se dirigió a la casa de habitación de Eleázar de Jesús Vélez (alias 'José Cifuentes'), quien tenía fama de expendedor de marihuana en esa localidad. El funcionario tuvo éxito en la investigación, pues al llegar a la casa pudo observar que dos individuos compraban el alucinógeno, en el suelo encontró un 'paco' de la citada hierba, y sobre una cama el paquete que contenía 12 papeletas del mismo vegetal. Los inculpados ofrecieron dinero a las autoridades para que omitieran el procedimiento" (folio 228).

Con fundamento en diligencias practicadas por la Inspección Municipal de Policía de la localidad antes dicha, el Juzgado Promiscuo del Circuito de ella, inició la correspondiente investigación (folio 6 vuelto). Fueron oídos en indagatoria Eleázar de Jesús Vélez (folios 8 y siguiente), Rosalba Moreno Rivera (folios 10 y siguiente) y Elkin de Jesús Vélez (folios 11 vuelto y siguientes). Por auto de 3 de junio de 1975 se decretó la detención preventiva de Eleázar Vélez (alias "José Cifuentes"), "sindicado Decreto 1188 de 1974" (folios 34 y siguientes) y, al día siguiente y por el mismo ilícito se decretó la de Elkin de Jesús Vélez Moreno (folios 40 y siguiente). Se practicaron numerosas pruebas. El 9 de agosto del mismo año se declaró cerrada la investigación (folio 81 vuelto) y el 21 de octubre siguiente el juzgado del conocimiento entre otras, tomó las siguientes determinaciones: Llamar a responder en juicio a Eleázar Vélez (alias "José Cifuentes), "sindicado de un delito 'contra la salubridad pública', definido y sancionado en el Decreto 1188 de 1974, referente a conductas relacionadas con tráfico y consumo de drogas y sustancias que producen dependencia física o síquica" y sobreseer en forma temporal a Elkin Vélez Moreno y a Rosalba Moreno "en razón del delito que se investiga y por los motivos vistos" (folios 105 y siguientes). Apelada la decisión por el enjuiciado

y su defensor (folios 125 y siguientes), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por auto de 18 de diciembre de ese mismo año, confirmó el llamamiento a juicio de Eleázar Vélez "por un delito contra la salubridad pública", le llamó a responder en juicio por el de cohecho; revocó el sobreseimiento temporal proferido en favor de Rosalba Moreno Rivera y, en su lugar, la llamó a responder en juicio "por un delito contra la salubridad pública" y por cohecho; revocó el sobreseimiento temporal emitido en favor de Elkin de Jesús Vélez y le llamó a responder en juicio por un delito contra la salubridad pública. Abierto el juicio a pruebas (folio 169), se decretaron y practicaron las solicitadas por el procesado Eleázar Vélez (folios 170 y siguientes). Previo el cumplimiento de las formalidades legales, se produjo la sentencia de primera instancia por medio de la cual Eleázar de Jesús Vélez (alias "José Cifuentes") y Rosalba Moreno Rivera fueron condenados a la pena principal de tres años, tres meses de presidio y multa de cinco mil pesos "como autores, penalmente responsables, de los delitos por los cuales se les llamó a responder en juicio, cometidos 'contra la salubridad pública' y la administración pública y Elkin de Jesús Vélez Moreno fue condenado a tres años de presidio y a pagar una multa de cinco mil pesos 'como autor penalmente responsable del delito contra la salubridad pública', consistente en conservar marihuana, 'hierba', pero se le absolvió del cargo consistente en venderla (folios 196 y siguientes)". Apelada la sentencia por Eleázar y Elkin Vélez y por el defensor de Rosalba Moreno Rivera (folios 207 y siguientes), el Tribunal la confirmó con la aclaración de que a Elkin Vélez se le condena es por venta de marihuana y no por conservarla en su poder, por lo cual también revocó el numeral de la parte resolutiva en que se le absolvía por la venta de aquélla.

La demanda

Cargo único. Invoca la causal cuarta de casación del artículo 580 y enuncia que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional por violación de la norma 26 de la Carta, "por cuanto se inobservaron la plenitud de las formas propias del juicio, con notorio y grave detrimento de los intereses de los procesados".

Para sostenerlo formula tres planteamientos:

a) Transcribe los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974 y dice que no se dio cumplimiento al mandato perentorio contenido en ellos, los cuales señalan un procedimiento *sui generis* para establecer el cuerpo del delito en estos casos, apartándose del principio de libertad de la prueba, para evitar los abusos que se cometían anteriormente por parte de algunos inescrupulosos investigadores. No existen las actas a que se refieren las normas citadas, no existe identificación de las sustancias incautadas, luego no se puede determinar su cantidad ni su calidad; el dictamen pericial del folio 61 no reúne los requisitos que la ley prescribe, pues no fue hecho por la Policía Judicial; su autenticidad es dudosa; así no puede calificarse la responsabilidad de un hecho tan grave. Luego habiéndose violado flagrantemente los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974, se incurrió en la nulidad supralegal invocada, ya que la sentencia se dictó en un proceso en el cual no se dio estricto y legal cumplimiento al procedimiento establecido.

b) También hubo nulidad constitucional, pues de acuerdo con el artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria y como formalidad especial de este acto "se debe formular al sindicado el cargo o cargos concretos referidos a los supuestos hechos delictuosos que se le imputan, para darle la oportunidad de que tanto en esa diligencia como a través de la investigación, pueda controvertir esa acusación, pero sobre todo, para establecer, como lo ordena la ley, las circunstancias de carácter objetivo o subjetivo que permitan establecer con certeza si se ha violado la ley penal y de qué categoría es esa violación". También es obligación el que en el auto de detención se haga referencia, así sea genérica, el delito por el cual se procede. Para concluir que ninguna de las formalidades anteriores se tuvo en cuenta con relación al de cohecho, pues a él no se hizo referencia alguna en el auto de detención ni en el calificatorio de primera instancia. El cargo de cohecho fue una determinación caprichosa del *ad quem,* al conocer, por apelación interpuesta por Eleázar Vélez contra el auto de proceder. Así, el Tribunal, de una parte pretermitió la primera instancia en la calificación del negocio y, de otra, interpretó equivocadamente el artículo 3º de la Ley 17 de 1975 que institucionalizó el principio de la *reformatio in pejus,* para lo cual carecía de la competencia que corresponde al juez de primera instancia. Por tanto, se está frente a una irregularidad procedimental de carácter grave, que trasciende hasta la cúspide del artículo 26 de la Constitución

Nacional, para estimar, con fundamento en esa norma que estamos en presencia de una nulidad de carácter constitucional.

c) Señala un tercer motivo de nulidad, así: El juzgado llamó a responder en juicio a Eleázar Vélez y sobreseyó temporalmente a Elkin Vélez Moreno y a Rosalba Moreno. Sólo recurrió en apelación el primero. Por eso el Tribunal, al desatar el recurso, carecía de competencia para conocer de los sobreseimientos temporales, puesto que éstos no son consultables. Sin embargo, se abrogó esa competencia fundamentándose, al parecer, en el principio de la *reformatio in pejus,* con lo cual contrarió los términos y el espíritu del artículo 3º de la Ley 17 de 1975, "porque cuando allí se menciona la competencia del juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, en virtud del recurso de apelación, es claro que la materia que compete revisar y sobre la cual versa la no limitación, no es otra que la situación del apelante, como que en eso consiste en principio la *reformatio in pejus*". En consecuencia, Rosalba Moreno y Elkin Vélez fueron juzgados y sentenciados sin el lleno de las formalidades legales, es decir, sobre un motivo de nulidad supralegal.

Finaliza solicitando se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto de cierre de investigación.

Consideraciones de la Corte

Con relación a la primera fundamentación del cargo único antes reseñado, que se estructura sobre la violación de los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974, es preciso observar:

Tales reglas disponen:

"Artículo 70. Cuando la Policía Judicial decomisa marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o síquica, realizará sobre ella inmediatamente identificación pericial; precisará su cantidad y peso; señalará el nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquier otra circunstancia útil a la investigación, todo mediante acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del Ministerio Público".

"Artículo 71. Dentro de los términos a que se refiere el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de Policía Judicial que hubiere practicado la diligencia precedente, enviará la actuación al juez instructor. Recibida por éste, practicará al día siguiente, con el agente del Ministerio Público, diligencia de inspección judicial sobre la droga o sustancia en el sitio donde la haya depositado la Policía Judicial.

"Una vez concluida la actuación, el juez tomará muestra de la droga o sustancia decomisada y la enviará al Instituto de Medicina Legal para nueva peritación; enseguida ordenará y presenciará la destrucción del remanente y sentará el acta respectiva que suscribirán quienes en ella hayan intervenido.

"Cuando no fuere posible identificar al autor de la infracción, la Policía Judicial, después de tomar y enviar al Instituto de Medicina Legal muestras de la droga o sustancia decomisada para su reconocimiento pericial y de sentar el acta a que se refiere el artículo anterior, procederá a destruirla. Esta diligencia será en lo posible, presenciada por un agente del Ministerio Público".

Los preceptos que vienen de transcribirse y que son los invocados en este acápite por el censor, tienen por finalidad, como lo apunta el colaborador, "facilitar la comprobación plena del cuerpo del delito al identificar la naturaleza de la droga o sustancias decomisadas" mediante el dictamen de los peritos del Instituto de Medicina Legal. Debe tenerse muy presente y destacarse como prevalente, que es la 'peritación oficial la única permitida' para establecer la naturaleza de la droga o sustancias decomisadas", ya que los dos ordenamientos legales que se comentan no autorizan que el experticio sea dado por personas o instituciones particulares". Lo anterior es lo esencial de tales normas y, el olvido de las demás circunstancias por ellas indicadas, no puede tomarse como violación de las reglas propias del juicio, generadoras de una nulidad de rango constitucional. Porque de los cánones transcritos, lo importante es que por medio de peritos oficiales y no particulares, se establezca el elemento material del cuerpo del delito.

Pero entonces, como lo observa el Ministerio Público, si bien la censura es acertada en la crítica, no lo es "en el procedimiento para formularla", puesto que, estando encaminada "a resaltar la ausencia de la prueba única y científi-

ca idónea para comprobarse el *corpus delictorum,* es por lo que se debe rechazar por hacerse dentro del ámbito de la causal 4ª de casación, ya que ella corresponde al sistema funcional de la violación indirecta a la ley sustancial. En otras palabras, se quiere significar que cuando se trata de errónea valoración de la prueba pertinente para dejar por establecido el cuerpo del delito, los operativos que se han de movilizar son los del cuerpo segundo de la causal primera de casación, ya lo sea identificándose, con su debida demostración, el yerro jurídico en que hubiera caído el *ad quem* al valorar la prueba, o el fáctico, según las situaciones que se den en la operación intelectual del sentenciador", salvo el caso de que por errada interpretación del haz probatorio se hubiere incurrido por el sentenciador en equivocada denominación jurídica de los hechos, en cuyo caso, debe alegarse directamente la causal 4ª (artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, numeral 5º).

En consecuencia esta fundamentación del cargo no está llamada a prosperar.

La segunda estructuración del mismo cargo se hace consistir en que el Tribunal, al conocer por apelación del auto de proceder proferido por el juez de primera instancia, arbitrariamente llamó a juicio a Eleázar Vélez por el delito de cohecho, ilícito sobre el cual no se había interrogado y que no había figurado para nada en piezas anteriores. Se detiene en algunas consideraciones acerca de la *reformatio in pejus* que, en su anterior, no podía aplicarse; y en la fundamentación tercera del cargo, vuelve a insistir en la incompetencia que tenía el juzgador para variar el sobreseimiento temporal proferido en primera instancia en favor de Elkin Vélez Moreno y de Rosalba Moreno, para llamarlos a juicio e insiste en sus puntos de vista en torno al mismo fenómeno jurídico de la *reformatio in pejus.* Por estas circunstancias, estos planteamientos habrán de considerarse unitariamente.

Con relación a sus comentarios acerca del delito de cohecho, debe precisarse que sus razonamientos parten de una base falsa. En efecto:

En la indagatoria se le interrogó concretamente acerca de los fundamentos de este cargo como lo recuerda el Ministerio Público. Así, al folio 9 se lee: "*Preguntado.* ¿Diga voluntariamente, si usted en algún momento ofreció dinero a los agentes del procedimiento? *Contestó:* No señor. *Preguntado:* ¿Voluntariamente diga, porqué motivo cree usted que los nombrados afirmen tal cosa, al igual que los testigos Jorge Arturo Betancur y Luis Angel Taborda. *Contestó:* Eso es mentira y no sé por qué dirán eso".

Y, más adelante, en la diligencia de careo entre el sindicado Eleázar Vélez y el testigo Jorge Arturo Betancur Monsalve, se encuentra que en la narración de éste, manifiesta: "Entonces a lo que ya requisaron que ya no encontraron más, nos iban a echar pa abajo, cuando en eso dijo la señora que eso era de ella, pa que lo largaran a él, entonces en esas le dijeron que siguieran todos pa abajo y entonces en el camino les daba (el señor Cifuentes), le decía al inspector y al señor agente de la policía, que les daba diez mil pesos para que los largara y después les ofreció quince mil pesos, ya yo dije que no tenía más (folio 44 vuelto). Al ser interrogado Vélez sobre las afirmaciones del testigo Betancur, en una de las partes de su respuesta dice: "Y de que yo le ofrecí plata al inspector y a la policía es completamente mentira, como el muchacho se ve que es un muchacho campesino, sin conocimientos de ninguna clase, casi seguro de que el inspector y la policía lo cuadraron para que dijera eso y él de miedo de que lo metieran a la cárcel dijo lo que no es" (folio 45).

Y, en el auto de detención dictado contra el sentenciado Eleázar de Jesús Vélez, luego de hacer referencia a los testimonios de Betancur y de Taborda, se lee: "Los nombrados concuerdan en afirmar que en repetidas ocasiones han comprado marihuana en dicha residencia. Además, corroboran lo manifestado por los agentes del procedimiento, en el sentido de que Cifuentes ofreció sucesivamente las sumas de diez, doce y quince mil pesos para que los representantes de la ley se abstuvieran de cumplir con sus funciones. Parece que los sindicados Eleázar y Rosalba, viendo perjudicados sus intereses y no habiendo logrado sobornar a las autoridades optaron por ..." (folio 35).

Fluye de lo anterior que a los sindicados no se les ocultaron los cargos atinentes al delito de cohecho, que sobre este ilícito tampoco se guardó silencio en la parte motiva del auto de detención al cual se acaba de hacer referencia, aun cuando la detención no se produjo en concreto o por tal ilícito.

En esta parte de la impugnación en lo único que acierta el demandante es en criticar el auto calificatorio proferido por el juez de primera instancia en cuanto omitió, censurablemente, haber contemplado tal ilícito. Pero ese yerro fue oportunamente corregido por el superior, cuando conoció de estas diligencias en virtud de la ape-

lación interpuesta por Eleázar Vélez contra su llamamiento a juicio.

Ahora bien: En cuanto a los planteamientos relacionados con la *reformatio in pejus*, es preciso considerar:

Los hechos de que aquí se trata tuvieron ocurrencia el 25 de mayo de 1975. El 2 de abril de ese mismo año fue sancionada la Ley 17, la cual se publicó en el "Diario Oficial" de fecha 9 del mismo mes. Aquella ley en su artículo 3º dice: "Llevará el número 197 bis del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

"Artículo 197 bis. Reformatio in pejus. *El recurso de apelación otorga competencia al juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".*

Teniendo en cuenta los anteriores fundamentos, razona el Ministerio Público de la siguiente manera que la Sala comparte: "De no haberse contemplado en la Ley 17 de 1975 la reformatio in pejus *prístinamente descrita en su artículo 3º, el señor demandante tendría razón en el cargo, pues que sólo apeló del vocatorio a juicio el procesado Eleázar Vélez, habiendo guardado silencio el Ministerio Público. Pero, y aquí es donde está el grave error del impugnante, al entrar en vigencia el ordenamiento de la predicha Ley 17, la competencia del juez o del Tribunal que desarrolla la segunda instancia es ilimitada en las decisiones que a su libre talante ha de tomar sobre la providencia impugnada, sin que se pueda condicionar tan ilimitada competencia, como absurdamente lo hace el señor demandante, únicamente para pronunciarse sobre la situación del apelante, condicionante no tenida en cuenta por el legislador, llevándose de calle la censura el principio de que donde no hace distinción la ley, no le es dado hacerla al intérprete.*

"El criterio exegético del señor demandante, montado sobre el absurdo, por la dicotomía que guarda con la verdad encerrada en el artículo 3º de la Ley 17, lo obliga a sentar conceptos exóticos como aquellos con los que define lo que es una providencia, o en qué casos "el ad quem *carece de competencia para revisar esa determinación", es decir la proferida por el inferior, lo mismo que cuando afirma enfáticamente que al reformar en lo peor una providencia apelada se destruye el principio de las dos instancias, razonamientos que por su inanidad exoneran la refutación, pues bien puede preguntarse al actor qué parte del artículo 3º, o qué otro artículo de la tantas veces citada Ley 17 restringen el ámbito de competencia al juez o Tribunal para pronunciarse sobre lo revisado, circunscribiendo su actuación únicamente a aquella parte de la providencia que afecta al apelante. Quizás otra razón explicativa del error de la censura, es la de que no se percató de la procedencia de la* reformatio in pejus *cuando la providencia sube al Superior por causa del* recurso de apelación, *ya que no en el grado jurisdiccional de consulta, evento este diferente por no haber sido contemplado en la norma legal".*

Agrégase a lo anterior:

Es cierto que de acuerdo con el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal el auto de sobreseimiento temporal es apelable en el efecto devolutivo, lo cual implica, según el número 2 del 354 del Estatuto Procesal Civil, que no se suspende "el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso del proceso".

Pero ocurre que con posterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Penal, mediante el artículo 3º de la Ley 17 de 1975, se introdujo a ese estatuto el artículo 197 bis, que consagra de manera expresa la reformatio in pejus *en los siguientes términos ya citados: "El recurso de apelación otorga competencia al juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".*

Quiere decir lo anterior que el Tribunal, en el caso sometido a estudio, bien podía revocar los sobreseimientos temporales decretados para, en su lugar, proferir llamamiento a juicio. En efecto:

De una parte, se repite, tal norma no fija limitación ninguna. Por lo cual, a pesar de que la apelación contra un sobreseimiento temporal se concede en el efecto devolutivo, ello, en atención a la 197 bis, no quiere decir que limite la competencia del ad quem *para decidir en el sentido en que estime ceñido a la ley, de acuerdo con las pruebas que obren en el expediente: donde no distingue la ley, no puede distinguir el intérprete.*

De otra, siendo la acción penal eminentemente pública, sería aberrante, por ilegal e injurídico, confiar al capricho o a la voluntad del apelante o de las partes la suerte de la correcta calificación del proceso. Esta es una misión que, por esencia, le corresponde al juzgador, ya en primera, ya en segunda instancia.

Téngase en cuenta que por numerosos que sean los autores de un delito, el respectivo pro-

ceso es uno y, en consecuencia esa unidad determina que el funcionario debe considerar, estudiar y analizar todas las pruebas que obren en el expediente y como resultado de ese obligado estudio íntegro del diligenciamiento, que comprende la totalidad de las circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodearon la ejecución del hecho investigado, debe definir la situación jurídica de todos los implicados en él, al igual que las modalidades propias del delito.

Lo anterior sirve para consolidar la afirmación sentada en el párrafo inmediatamente anterior: corresponde como misión al juez, que no puede declinar por ningún motivo, calificar correctamente el proceso, sin que para ello sus poderes queden al capricho de las partes.

Finalmente, la reapertura de la investigación en el sobreseimiento temporal se cumple mientras no llegue a ser afectada por las consecuencias de una decisión proferida en atención a un recurso debidamente interpuesto.

En consecuencia, este cargo no puede prosperar.

Y, como no logró éxito ninguno de los propuestos, la Corte desechará el recurso, según lo manda el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior es suficiente para que 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 impugnada, proferida dentro de estas diligencias el 9 de octubre de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese, devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Con todo comedimiento discrepo de la anterior decisión de la Sala porque, a mi juicio, los procesados Elkin Vélez Moreno y Rosalba Moreno fueron juzgados y condenados en un proceso viciado de nulidad por incompetencia del Tribunal para conocer del sobreseimiento temporal proferido a su favor por el juez del conocimiento, que no había sido recurrido por los intervinientes ni se hallaba tampoco sujeto a consulta, de modo que su revocación y el llamamiento a juicio proferido en su lugar lo fueron sin competencia funcionar para hacerlo (artículo 209 del Código de Procedimiento Penal) y, por consiguiente, sin validez procesal alguna (ordinal 1º del artículo 210 ibídem).

No se trata, como se sostiene en el fallo de la Corte, del fenómeno procesal de la *reformatio in pejus*, que sólo se predica del recurrente en apelación, sino de la intangibilidad de las decisiones judiciales contra las cuales no se ha interpuesto recurso alguno ni la ley ha dispuesto, tampoco, que deban ser consultadas.

La diferencia entre la *reformatio in pejus* y la extensión de la apelación a decisiones no impugnadas fue precisada por mí en los siguientes términos, que expuse, como Magistrado ponente en el Tribunal Superior de Barranquilla, en un caso análogo al que ha sido ahora materia de la decisión mayoritaria de la Corte:

"... La tesis central del ataque que el señor defensor del procesado N. N. hace al auto del Tribunal como *judex ad quem* se funda en la consideración de que las providencias judiciales sólo se entienden recurridas en apelación en la parte que se refiere al propio recurrente y, por tanto, en la consideración de que quien interpone apelación contra una providencia que comprende varias decisiones, sólo lo hace en cuanto a la parte o resolución que le concierne (llamamiento a juicio o sobreseimiento) y no respecto a las demás resoluciones, consideraciones de las cuales deduce que la Sala sólo tenía jurisdicción para revisar el auto de proceder apelado y los sobreseimientos definitivos consultados y no para empeorar o hacer más gravosa la situación de quienes habían sido temporalmente sobreseídos (prohibición de la *reformatio in pejus*).

Dice el recurrente en efecto:

"... El Tribunal aplicó en este caso un procedimiento no nominado por la ley, la cual consagra que el primer sobreseimiento temporal, a menos que sea apelado, no puede ser revisado por el superior. En este caso para el Tribunal había un límite: no desmejorar la situación de N. N., que hasta ese momento estaba amparado por lo dispuesto en el Código de Procedimiento

Penal en el sentido de que sólo por apelación del sobreseimiento temporal adquiriría jurisdicción o en el caso de que hubiera sido sobreseído definitivamente. De tal suerte que al revocar el Tribunal una decisión que no estaba autorizado para tocarla, incurrió en la figura procesal de la *reformatio in pejus*, puesto que la apelación se refería al enjuiciamiento, siendo por ello que no podía revocar la providencia que le fue entregada en revisión, en la parte que no era objeto del recurso ...".

"... Es pues, ostensible la forma como el Tribunal vino a empeorar la situación de una persona que era extraña al recurso, al cercenarle un derecho de protección reconocido por la ley. Podía darse el caso de que el inferior estuviera equivocado, pero ello por sí solo no le permitía al Tribunal modificar la resolución del inferior en la forma en que lo hizo, porque la parte que represento, por no haber apelado, tenía derecho a que se respetara su silencio ...".

"... El Código de Procedimiento Penal contiene *per se* en esencia, las oportunidades en que el superior puede, legalmente, entrar a variar los efectos del sobreseimiento temporal. Rebasarlos es caer en arbitrariedad, es violar la Carta Fundamental, porque se obra contra el derecho de defensa. Esta forma de herir la ley directamente, en línea directa, sin rodeos, no puede seguir prosperando dentro del proceso ...".

2. El criterio opuesto, expuesto por el Tribunal en el auto que revisó el de calificación del sumario, se funda en la consideración de que la apelación concedida en el efecto suspensivo, como la consulta, le daban facultad para "revisar la totalidad del proceso" y que en tales circunstancias ni debía ni podía "limitar su conocimiento a sólo una parte de él" (principio del efecto extensivo del recurso).

Dijo el Tribunal:

"... La Sala no comparte, de otra parte, el criterio de su distinguido colaborador fiscal en el sentido de que el Tribunal carece de competencia para revisar la providencia del señor Juez Cuarto Superior en cuanto en ella se sobresee temporalmente a algunos procesados ...".

"... Desde luego el nuevo Código de Procedimiento Penal no establece la consulta del primer auto de sobreseimiento temporal que se profiera en los procesos penales, pero tal disposición sólo puede entenderse aplicable en el evento de que la única determinación adoptada sea esa, pues en esas circunstancias ni el inferior debe enviar el asunto al superior ni de enviarlo aquél, éste puede conocer de él ...".

"... Diversa es la situación, a juicio de la Sala, cuando el juez de segunda instancia tiene que conocer de un proceso por apelación o consulta de un sobreseimiento definitivo o por apelación de un auto de proceder en los que, además, se sobresee temporalmente a otro u otros procesados ...".

"... En este último evento, el superior tiene que revisar la totalidad del proceso y resultaría jurídica y procesalmente imposible que tal función jurisdiccional le estuviese prohibida respecto de alguno o algunos de los sindicados de la comisión del delito y circunscrita sólo a uno o varios de ellos ...".

"... La unicidad del proceso, por el contrario, impone al superior la obligación de analizar la totalidad del acervo probatorio y con base en tal estudio definir la situación procesal de todos los procesados respecto de los hechos que son materia del expediente ...".

"... El proceso penal es uno, cualquiera sea el número de autores y partícipes del delito y, en consecuencia, debiendo conocer el superior del auto que califica el sumario, por apelación o consulta, ni puede, ni debe, desde luego, limitar su conocimiento a sólo una parte de él ...".

3. En resumen, el recurrente ataca la providencia del Tribunal en la consideración de que quebrantó el principio de la *reformatio in pejus*, en tanto que la Sala, por su parte, había modificado los sobreseimientos temporales no impugnados en consideración al efecto suspensivo de la apelación interpuesta contra otras decisiones de la misma providencia (extensión del recurso a las partes no impugnadas de la decisión).

a) *Reformatio in pejus.*

Por el aspecto de la *reformatio in pejus* no procede el motivo de nulidad invocado por el recurrente, pues si bien con posterioridad a la providencia impugnada el principio fue jurisprudencialmente extendido a la apelación en el procedimiento penal (lo que mantuvo divididos los criterios de la Sala al respecto), con la expedición del artículo 3º de la Ley 17 de 1975 ("Diario Oficial" número 34292 de 9 de abril de ese año), la cuestión quedó definitivamente resuelta y expresamente autorizado el superior para empeorar la situación del apelante y, desde luego, con mayor razón, la de quienes no impugnaron siquiera la respectiva decisión;

De existir tal nulidad para la fecha de la providencia acatada, no podría ya aducirse sin embargo:

"... Artículo 197 —bis— del procedimiento penal. *Reformatio in pejus.* El recurso de apelación otorga competencia al juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada ...".

No se trata en este asunto, sin embargo, de la capacidad del juez *ad quem* respecto de la situación procesal del apelante, pues la providencia respectiva aparece recurrida por el defensor del procesado A. A. (quien fue llamado a juicio) y no por N. N. (respecto de quienes se sobreseyó temporalmente).

b) *Extensión de la apelación a decisiones no impugnadas.*

La tesis del Tribunal se fundaba en las consecuencias jurisdiccionales del efecto suspensivo de la apelación *(apellatio devolvit processum ad iudicem superiorem segundae instantiae),* tesis conforme a la cual la jurisdicción se suspende totalmente para el juez de primer grado y se asume íntegra y simultáneamente por el *judex ad quem,* de suerte que éste viene a sustituirlo en el conocimiento del asunto y a ejercer sin limitación alguna los poderes de que hasta entonces estaba investido aquél, situación bien diferente a la que da lugar el efecto devolutivo de la apelación, según el cual, por el contrario, la jurisdicción del juez superior está limitada al conocimiento y decisión de una determinada cuestión en particular y sólo a ésta exclusivamente, sin que se pierda por tanto para el inferior el conocimiento de la totalidad del asunto (salvo en el punto o materia de la apelación y del conocimiento del *judex ad quem*).

Por las consecuencias jurisdiccionales del efecto suspensivo, Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III), dice que "el efecto suspensivo afecta también (se extiende) a los capítulos (extremos) no impugnados" (página 107) y explica que la expresión "extremos" se refiere "a los pronunciamientos concernientes a las distintas imputaciones y a los distintos imputados" (página 138), esto es, a la pluralidad de decisiones (contenidas en una misma providencia), "cada una de ellas dotada de una tal autonomía, que hubiese podido dar lugar a una sentencia distinta" (página ídem), evento en el cual, concluye el autorizado tratadista, "para que opere la extensión de la apelación a todos los extremos, es suficiente que ella sea propuesta por quien tenga derecho a ello (y por tanto); basta la proposición de la apelación por parte de un sujeto que esté previsto entre los titulares del derecho de apelación" (ídem) para que ésta se extienda a todas las demás cuestiones y a los no apelantes.

Florián (Derecho Procesal), sostiene igualmente la extensión de la apelación a los no apelantes en caso de coparticipación criminal, de suerte que la apelación interpuesta por uno de los procesados se extiende a todos los demás coautores, partícipes y cómplices del delito:

"... La participación mancomunada de varias personas en la comisión de un delito produce como consecuencia, formulada como regla general, que la declaración de la impugnación y los motivos de la misma, en cuanto no sean exclusivamente personales, se extiende *de jure* a todos los demás participantes (extensión necesaria de los recursos) ...".

(Obra citada, página 425).

Estos principios universales, de indiscutible valor científico, sólo son aplicables, sin embargo, a los casos en que la apelación se concede en el efecto totalmente suspensivo, esto es, cuando, como se ha dicho, el efecto del recurso impone el traslado de la totalidad de la causa y de la jurisdicción al juez de segundo grado *(apellatio devolvet totam causam et negotio principale ad iudicem appellationis),* como en el evento de las sentencias de primer grado no consultables, por ejemplo, en que el efecto extensivo de la apelación interpuesta por sólo uno de los condenados lleva, necesariamente, a la revisión de la totalidad del proceso y de todos los procesados (condenados o absueltos) hayan o no interpuesto éstos el recurso correspondiente, o como el asunto *sub examine,* en cuanto a la situación de los procesados no apelantes llamados a juicio conjuntamente con el recurrente (la apelación del procesado contra el auto de proceder hizo extensivo el recurso a los demás procesados no apelantes también llamados a juicio); cuando la apelación se refiere a sólo uno o algunos "extremos" de la providencia y quedan otro u otros no impugnados, respecto de los cuales la jurisdicción no se suspende ni se pierde para el *judex a quo,* el efecto de la apelación contra la providencia es apenas parcialmente suspensivo y limitada la jurisdicción del *judex ad quem,* por consiguiente, al extremo o decisión únicamente recurrida *(tantum devolutum quantum apellatum).*

La casación penal italiana ha sido muy clara en este punto para explicar la diferencia entre los efectos total y parcialmente suspensivos de la apelación:

"... La limitación de la jurisdicción del juez de apelación, en virtud de la cual los puntos de la sentencia no discutidos no pueden constituir objeto de la nueva relación procesal que se instaura sobre la base de la impugnación, tiene su razón de ser en el diferente carácter del procedimiento de apelación respecto del primer grado. Mientras que el procedimiento de primer grado, que constituye la actuación directa de la pretensión punitiva del Estado, no puede ser evitado y el juez tiene todos los poderes necesarios para juzgar sobre la imputación y sobre la responsabilidad del imputado y puede así aplicar, incluso, sin demanda de las partes, todas las disminuyentes que conceptúe aplicables a fin de adecuar la pena al delito y a la personalidad del imputado, el procedimiento de apelación, en cambio, se remite a la voluntad de las partes interesadas, que tiene así un poder de disposición del proceso que de ordinario se niega en el procedimiento de primer grado ..." (Cita de Leone, obra citada, Tomo III, página 166).

Tal es el caso del auto de calificación sumarial proferido por el señor Juez Cuarto Superior en este asunto, en cuanto contenía varios "extremos" o decisiones (auto de proceder, auto de sobreseimiento temporal y auto de sobreseimiento definitivo), cada una cuestiones "idóneas para una consideración autónoma" (Leone, obra citada, página 165) y en cuanto una de ellas (el sobreseimiento temporal) no fue nunca impugnada, ni estaba tampoco sujeta al grado jurisdiccional de la consulta.

La apelación interpuesta por el procesado A. A., contra el auto de proceder (lo que permitió al Tribunal extender el recurso a los demás procesados llamados a juicio), y la consulta del sobreseimiento definitivo (lo que permitió extender el examen del Tribunal a este otro extremo o decisión), no otorgaron a la Sala, no obstante, el pleno conocimiento ni la totalidad de la jurisdicción sobre el proceso por la existencia de otro extremo o punto de decisión autónoma (el sobreseimiento temporal), que no fue recurrido, al que no podía extenderse la apelación y respecto del cual no había lugar a consulta (y en relación con cuya decisión, en consecuencia, no se perdió ni se suspendió la jurisdicción del juez *a quo*, ni la adquirió, tampoco, el Tribunal).

El efecto de la apelación y de la consulta fue, en consecuencia, sólo parcialmente suspensivo (por lo que si bien el proceso original fue enviado al Tribunal, el juez conservó consigo el duplicado del expediente); el Tribunal no podía ejercer en ese caso la jurisdicción que la ley había reservado el juez *a quo* respecto del sobreseimiento temporal.

La causal de nulidad invocada, prospera por este aspecto (ordinal 1º del artículo 210 del Procedimiento Penal) ...".

(Auto de 27 de noviembre de 1975).

Por lo anteriormente expuesto, reitero mi respetuosa inconformidad con la anterior sentencia de la Corte.

Dante L. Fiorillo Porras.

Fecha ut supra.

DOCUMENTO PUBLICO

Lo que cuenta para confirmar un documento público es su emisión por funcionario que tenga esta calidad, como atributo propio o asimilado, que actúe en ejercicio de sus funciones y cumpla con las formalidades de ley para su perfeccionamiento

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 87 de 23 de noviembre de 1974.

Bogotá, D. E., noviembre 24 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Vistos

La sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en contra de Alcibíades Libreros González y Héctor Fabio Durán Valencia, fue recurrida, oportunamente, en casación. Así se admitió en auto de trece de abril del año en curso. Posteriormente se declaró desierto el recurso, en cuanto a Durán Valencia (agosto 24 de 1978), y, ajustada a las formalidades legales, la demanda presentada para sustentar la impugnación de Libreros González.

Hechos y la actuación procesal

Así los pormenoriza el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Por Resolución número 253 de 2 de julio de 1974 la Alcaldía del Municipio de Zarzal, a cargo de Alcibíades Libreros González autorizó a Rodrigo Viveros Durán para efectuar una rifa con la denominación de "Ciudad de Zarzal" y expresó en tal acto que el peticionario nombrado había cumplido los requisitos exigidos por las normas y ordenanzas correspondientes, sin que ello hubiere ocurrido, pues no se constituyó fianza ni se pagaron impuestos, si bien por medio de oficio de la misma fecha el mencionado Alcalde Libreros González comunicó al Tesorero Municipal Héctor Fabio Durán Valencia que debía cobrar al promotor de la rifa Viveros Durán, lo correspondiente a impuestos y exigirle el valor de la fianza respectiva, documento que no se estableció si fue recibido por este último funcionario, si bien su copia obra en los archivos de la Alcaldía; la rifa se adelantó y según declaración de quien aparece como uno de los beneficiarios —los premios consistían en dos automóviles—, Viveros Durán no le entregó el premio correspondiente, sino que le dio en cambio cheques que resultaron sin fondos.

"Presentada denuncia por el Personero Municipal de Zarzal abrió la investigación el Juzgado Penal de dicha localidad y después de cumplidas algunas diligencias pasó el asunto al Juzgado Quince de Instrucción del Distrito, el cual ordenó diferentes diligencias y enviado —una vez efectuadas algunas— al Juzgado Primero Superior, éste comisionó al Juzgado de Instrucción mencionado y así se procedió a oír en indagatoria a Bonnelly Gálvez Llanos, Secretario de la Alcaldía de Zarzal, quien expresó haber redactado la resolución que autorizó la rifa, por orden del Alcalde a quien advirtió sobre los requisitos necesarios, pero sin tener conocimiento él de que realmente se hubieran cumplido; por su parte el Alcalde Libreros González expresó que los requisitos legales del acto y su cumplimiento quedaban a cargo de la Secretaría de su oficina, los cuales estudió éste; el Tesorero Héctor Fabio Durán por su parte negó su conocimiento de los hechos y haber recibido el oficio de la Alcaldía que se dejó mencionado y expresó que se abstuvo de cobrar porque se le dijo las boletas se venderían en otros municipios;

en careo entre Libreros González y su ex-Secretario, Gálvez Llanos, ambos sostuvieron sus correspondientes versiones; se recibió también la declaración de uno de los beneficiados con los premios, quien adjuntó los cheques expedidos para pagarle —por no entrega del premio— por Viveros Durán, protestados por falta de fondos.

"Realizadas otras diligencias por el Juez Instructor, dictó auto de detención contra Héctor Fabio Durán Valencia, providencia cuya revocatoria, solicitada por el apoderado de éste en reposición, se negó; remitido el expediente al Juzgado Superior, se cerró la investigación y se calificó con llamamiento a juicio para Alcibíades Libreros González, por falsedad en documentos públicos, contra Rodrigo Viveros Durán por el mismo delito e infracción al Decreto 1135 de 1970 y sobreseyó definitivamente en favor de Bonnelly Gálvez Llanos y de Héctor Fabio Durán Valencia; una vez emplazado Viveros Durán, quien fue juzgado en contumacia y concedida apelación interpuesta por los defensores de los procesados nombrados, el Tribunal en desacuerdo parcialmente con su Fiscal, reformó la providencia referida en el sentido de llamar a responder también a Viveros Durán por el delito de estafa, revocar lo relacionado con Durán Valencia para llamarlo a responder en cambio por peculado, delito contra la propiedad y falsedad y confirmó en lo restante la providencia apelada, con salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala, quien en la sentencia insistió en esta posición, en relación con Durán Valencia, se efectuó la audiencia; seguidamente se dictó la sentencia de primera instancia y apelada ésta por los apoderados de los procesados, quienes sustentaron el recurso y en desacuerdo parcial con la Fiscalía, se dictó el fallo de segunda instancia, recurrido en casación", en el cual se impusieron tres años de presidio a Alcibíades Libreros González y treinta meses de prisión a Héctor Fabio Durán Valencia y Rodrigo Viveros Durán.

La demanda, concepto de la Delegada y consideraciones de la Sala

Al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") se formulan los siguientes cargos, según síntesis del recurrente, acogida por el Ministerio Público:

1. "Se atentó contra el derecho de defensa del señor Libreros González cuando no se resolvió en la segunda instancia sobre su apelación. El honorable Tribunal de Buga, de todo comentó menos de las razones y nulidades que se propusieron en el alegato sustentario de la apelación. Incluso en el salvamento de voto, se habló mucho pero no de la suerte del señor Libreros González (folio 20, cuaderno 40)".

El asunto carece de la trascendencia que el impugnador quiere otorgarle en sede de casación. El aspecto revela, obviamente, características de manifiesta secundariedad. El formalismo que prescribe el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, lo tiene dicho la doctrina, se reduce a servir de general orientación en cuanto al modo como deben redactarse las sentencias. Pero su apego no es una inviolable obligación para el juzgador y su parcial desconocimiento no se proyecta en factor la nulidad. Si la sentencia recoge los aspectos fundamentales que pueden constituirla como tal, no es dable invocar distanciamientos del orden e indicaciones fijados por la citada norma. En ocasiones la respuesta concreta a las alegaciones de las partes aparecen perfectamente individualizadas, pero, en otras, la refutación general se expide a expensas del contexto del proveído.

Si los aspectos invocados por los memorialistas, como acontece en el caso *sub judice,* se contraponen a las razones expuestas por el sentenciador, bien puede decirse que éste ha dado respuesta a aquéllos, pues lo que interesa es conocer el pensamiento del juzgador sobre los temas que pueden influir en la decisión.

El punto de la falsedad en documento público fue tratado con precisión y no es dable afirmar que el fallo omitió referirse a cuestiones de importancia sobre este tema. Por eso el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, estima con acierto que "aparte de delitos imputados a otros procesados, se hace referencia a las afirmaciones del Secretario Bonnelly Gálvez, acogidas por el Tribunal, para impugnarlas, a la nulidad o invalidez del acto administrativo o resolución expedida por el Alcalde, aspecto este planteado en este escrito y que habrá de examinarse seguidamente, habiendo considerado el fallador que se trataba de documento público suficiente y válido al expedido por el procesado y que produjo los efectos consiguientes, lo cual también quedaría así contestado; lo relacionado con la falsedad en los sellos, infracción por la cual no se condenó al procesado; y finalmente insistir el apelante sobre las manifestaciones del ex-Secretario de la Alcaldía y su valor en cuanto a la infrac-

ción; la duda sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos cuya omisión considera demostrada el fallador y hacer otras anotaciones para concluir en la existencia de una situación dudosa y la petición de absolución".

2. "Se atentó, igualmente contra el derecho de defensa del señor Libreros González, cuando a pesar de observar el mismo Juez Primero Superior, y el honorable Tribunal de Buga, que el acto administrativo, el cual produjo el documento sobre el cual se erigió la investigación, es completamente nulo, y haberse establecido por medio de pruebas idóneas tal circunstancia, no se procedió a examinar y resolver sobre este asunto prejudicial (artículo 18 del Código de Procedimiento Penal), porque, de haberlo hecho, había traído como consecuencia inmediata, la anulación del acto administrativo del Alcalde (el que concedió el permiso) y por esta misma decisión de nulidad, el documento que la contenía dejaba de ser un instrumento público, según el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil, para convertirse en un instrumento privado según las voces ordenatorias del artículo 1760 del Código Civil; y al convertirse, por decisión de la ley en documento privado, mal pudo acusársele y condenársele por 'falsedad en documentos públicos' (artículo 231, numeral 4º del Código Penal), sino que debió imputársele el delito descrito por el artículo 240, el cual tiene una sanción de dos a ocho años de prisión, violando, por este concepto, el principio de 'favorabilidad' porque se hace más bonancible la suerte del defendido (folios 17 y 18, cuaderno)".

La apreciación que tiene el recurrente sobre la falsedad documental, así como de la naturaleza y efectos del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, no se compadecen ni con las peculiaridades del caso *sub examine*, ni con las conclusiones rotundas aceptadas por la doctrina y los comentaristas de derecho penal.

De allí que sus invocaciones a esta norma del procedimiento o a los artículos 1760 del Código Civil, 226 del Código de Procedimiento Civil, 231 y 240 del Código Penal, resulten inadecuadas o inexactas.

En primer lugar, lo que cuenta para conformar un documento público es su emisión por funcionario que tenga esta calidad, como atributo propio o asimilado, que actúe en ejercicio de sus funciones y cumpla con las formalidades de la ley para su proferimiento. No se discuten, ciertamente, los primeros requisitos, pero se pretende, erradamente, que las adulteraciones, falseamientos o inmutaciones, destruyen la prescrita "formalidad de ley", cuando lo que se quiere decir con ésto es que el documento, externamente, contenga los aspectos normales del acto que se instrumentaliza. En todo delito de falsedad en documentos públicos, a no dudarlo, se traiciona la verdad y el funcionario que así se comporta incumple sus deberes.

Pero ésto no aniquila la esencia del documento ni lo transforma en escrito privado. Conserva su calidad inicial y atrae la sanción penal por las actividades dolosas cumplidas en perjuicio de exigencias legales perentorias. De no, todos los documentos públicos, por obra de falsedades cometidos en ellos y que traducirían un apartamiento de sus formalidades legales por no estar dentro de estas incurrir en esas delictuosas inmutaciones de la verdad, se convertirían en documentos privados.

Por eso, con notable acierto, escribe la Delegada: "Se trata de discutir la validez del documento como público, esto es, se debate su naturaleza, para concluir que sólo sería documento privado; aparte de la improcedencia de este razonamiento dentro de la causal cuarta, como se formula, cabría anotar que no resulta exacto, toda vez que la resolución dicha, fue un acto expedido o ejecutado por el funcionario público, el Alcalde procesado, en su carácter de tal y dentro de la órbita de sus funciones y con observancia de las formas requeridas por las normas pertinentes; es decir, que se trataba de documento público (artículos 261 del Código de Procedimiento Penal, 251 del Código de Procedimiento Civil); y debe anotarse que el hecho o circunstancia de cometer afirmaciones inexactas, en cuanto al cumplimiento de determinados requisitos, no produce el efecto, como estima el recurrente, de restarle su valor, ya que además tuvo plenos efectos como aparece del proceso y aunque pudiera ser anulable por la jurisdicción respectiva en atención a tal motivación falsa, sino que penalmente configura la infracción prevista en la ley y por la cual fue llamado a juicio el procesado y posteriormente condenado.

"En cuanto a las normas citadas por el recurrente para atribuir calidad de documento privado al acto referido, no resultan procedentes por lo ya expuesto, a lo cual podría agregarse que se trataba del ejercicio de acto administrativo que si se considerara en la calidad expresada, no tendría significado ni alcance alguno, en cuanto sólo alcanza validez cuando emana de funcionario público".

El abandono intencional de los requisitos exigidos por la Ordenanza 119 de 1963, artículos 330 y 331 (Asamblea Departamental del Valle del Cauca), puesto que se dieron por cumplidos, no involucra un fenómeno de prejudicialidad que prive al funcionario de la órbita penal para conocer de estos aspectos. Ello porque, en primer lugar, al momento de este proceso no existía una acción administrativa invalidante, autónoma y previa; y, en segundo lugar, porque al presentarse esta situación, esto es, la necesidad de advertir si se habían o no obedecido las reglamentaciones administrativas pertinentes, el juez penal adquiría una plena atribución para conocer y definir esta serie de puntos, para los solos efectos de la represión; y, finalmente, la actividad administrativa podía ejercitarse, en este caso, con plana prescindencia del fenómeno penal que fue investigado en debida forma.

No se observa, de otro lado, violación alguna de los principios de legalidad o del debido proceso, de investigación integral o de igualdad procesal. Si algo se observa, en forma nítida, es el acatamiento y cabal cumplimiento a estas normas de orientación procedimental. El censor alude a ellos y a una posibilidad de quebrantamiento sin que se logre precisar su violación ni menos determinar menoscabo a derechos de los procesados, que se respetaron integralmente.

En relación con la causal primera (violación de la ley sustancial por error de apreciación probatoria), se exponen los siguientes cargos:

1. "Se apreció erróneamente el oficio 343-bis expedido por el mismo Alcalde el 2 de julio de 1974, en el cual se comunica al señor Tesorero Municipal que se había autorizado la rifa al señor Rodrigo Viveros, y a la vez, se le ordena el cobro de los impuestos y el depósito de la póliza o fianza para cubrir los riesgos hasta por $ 200.000.00, con el efecto de que no se configuró la infracción y se llegó así a la violación indirecta de la ley sustancial".

La resolución inicial expedida por la Alcaldía, para autorizar el funcionamiento de la rifa del señor Rodrigo Viveros Roldán, era la número 253 de 2 de julio de 1974. En ella se dijo, y en ésto consistió la inmutación dolosa de la verdad, que la fianza estaba constituida y se había cumplido con el avalúo de rigor, condicionante de aquélla.

Se pretende, por el impugnador, convencer del involuntario error de redacción de este documento, encargado a otro empleado, Bonnelly Gálvez Llanos, Secretario de la Alcaldía de Zarzal; que el oficio 343 bis, complemento de la resolución, corrigió en tiempo oportuno ese yerro; que el cobro de impuestos era función del tesorero y no del alcalde, omitiendo aquél su recepción, porque la boletería no se destinaba al área municipal sino a lugares ajenos a ésta.

La tesis del acto administrativo complejo (Resolución número 253 de 2 de julio de 1974 —folio 70— y oficio 343 bis, de la misma fecha —folio 101—), resulta argumentación extraña y forzada. Bastaría, en respuesta a esta caprichosa reflexión, recordar lo siguiente: el oficio no tenía ningún valor integrador porque la Ordenanza número 119 de 8 de junio de 1963, de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca —folio 141—, exigía un previo avalúo y la constitución de fianza adecuada, requisitos que aquél no podía satisfacer y menos dejando librado este cometido a funcionario que no tenía esa obligación como lo era el tesorero. De quererse buscar una enmienda oportuna y eficaz, la actividad oficial de la Alcaldía debió orientarse hacia la anulación de esa resolución y a su sustitución, una vez cumplidos esos requisitos. Además, el testimonio de Bonnelly Gálvez Llanos, indica que el Alcalde Alcibíades Libreros González fue advertido del quebranto que sufría la citada ordenanza, persistiendo este funcionario en su violación. Agréguese la nota que aparece a folio 157 (declaración de Jorge Tamayo Paredes), respecto a la ausencia en los libros de recibo de la Alcaldía sobre la realidad de ese oficio y demostrativo de su creación artificiosa y su ningún envío a la Tesorería, cuyo titular dice no haberlo recibido. Conviene, de una vez, señalar que esta "constancia" no corresponde, como lo asevera el censor, a una inspección judicial. La anotación exhibe plena validez porque un declarante tiene pleno derecho a que se incorporen a su versión los aspectos documentales que crea oportuno insertar (228-5 del Código de Procedimiento Civil y 261 del Código de Procedimiento Penal). Por último, la redacción misma de la Resolución número 253 y los aspectos que debía acreditar, no dan margen para pensar, siquiera como suposición, en un yerro de redacción, situación que termina por clarificarse cuando se recuerda que Rodrigo Viveros Durán, admitió haber dado dinero para que se omitieran los requisitos que imponía la ameritada ordenanza.

No hay, pues, errada interpretación de ese oficio 343 bis, pues los factores influyentes en esta prueba fueron debidamente valorados por el Tribunal.

Esto, por sí, demuestra la imposibilidad lógico-jurídica de aludir a un fenómeno de desistimiento (artículo 15 del Código Penal), pues el delito de falsedad tuvo su completa consumación.

Igual rechazo merece esta doble alusión: la falsedad resultó inexistente porque se efectuó sobre documento nulo y sobre partes insustanciales del escrito; y, la caución era innecesaria porque las obligaciones fueron cumplidas, aunque acudiendo a una novación con el ganador de la rifa.

No es dable aceptar lo primero en virtud de la indescartable prueba que acredita lo contrario: la resolución fue válida, al menos en el aspecto que interesaba al dueño de la rifa, puesto que le permitió llevarla a cabo sin que se efectuara el avalúo correspondiente y se prestara la caución de rigor, de acuerdo con ese valor. Cuando la resolución, expedida por el funcionario competente, en uso de sus atribuciones y con las formalidades externas del acto, señalaba el fiel cumplimiento de las exigencias de la Ordenanza número 119, creaba una situación jurídica con efectos vinculantes, sobre puntos de esencial importancia.

Y en cuanto a la caución debe decirse que de hecho y de derecho era factor de legalidad imprescindible. La citada ordenanza mandaba su constitución previa y no era el Alcalde quien podía decidir, a su arbitrio, si debía o no cumplirse con este requisito. Así se aseguraba al público y al erario municipal los eventuales compromisos de esa rifa. Por su inexistencia, que impedía el que se cubriera el premio en tiempo y condiciones adecuadas, fue por lo que el señor Jesús Emilio Durango, el cliente ganancioso, tuvo que admitir unos cheques, en vez de los premios prometidos, que resultaron sin previsión de fondos —114—.

Todo esto indica la pertinencia de los siguientes comentarios de la Procuraduría: "... por manera que este solo oficio posterior y por tanto extemporáneo no integraba el acto ni hacía desaparecer su irregularidad, pues no implicaba por sí solo el cumplimiento de tales requisitos, los cuales quedaban pendientes, mientras que, por otra parte, la autorización operaba de inmediato y tenía plena vigencia con pretermisión de aquellas formalidades legales ... así, el oficio disponiendo que se cumplieran por otro funcionario, cuando estaba obligado a su observancia plena, no hace desaparecer la infracción, ni el dolo con que procedió; y en cuanto a que la caución no tuvo efecto en virtud de novación por sustituírse la obligación de pagar el premio mediante cheques, es argumento sin valor, pues tal requisito —se insiste—, debía obrar previamente y no desaparece la irregularidad por el pago en cheques, que por otra parte resultaron sin fondos, demostrando una vez más o ratificando el ánimo doloso del promotor de la rifa y la necesidad de dicha seguridad para evitar la defraudación al público, que por el acto del funcionario no tuvo efecto, incurriendo por lo mismo en falsedad.

"Tampoco puede sostenerse con fundamento que existiera desistimiento en la intención criminal, al librar el oficio, pues éste no representaba el cumplimiento de las formalidades omitidas, que no se realizaron tampoco posteriormente, sin que por tanto, pueda deducirse de ésto, con base suficiente, que procedía absolución; debe anotarse que precisamente el Alcalde expidió el acto apoyándose en falsa afirmación a sabiendas, pues aseveró cumplidos los requisitos omitidos y necesarios para expedir la autorización, con lo cual se demostró su ánimo doloso; y no puede decirse en forma alguna, que se trata de falsedad inocua, pues el acto causó evidentemente perjuicios, no sólo por lesión a la fe pública que sería suficiente para configurar la infracción, sino que el daño resulta del proceso al adelantarse la rifa dicha en las condiciones expresadas; y aunque la resolución no demostraba el cumplimiento de los requisitos previos, se apoyaba en los mismos como cumplidos y al hacerse constar éstos como realizados incurrió en la falsedad, dada su inexactitud dolosa".

2. "Se atentó contra el derecho de defensa porque toda la actuación procesal se sostuvo sobre una indagatoria completamente inexistente, al observarse que el acta dentro de la cual se recepcionó la prueba, no se hizo consignar el día, el mes y el año, razón por la cual, según las voces ordenatorias del artículo 155, 162 y 214 del Código de Procedimiento Penal, es completamente inexistente. Y el atentado se vuelve peor cuando se toma como base 'agravadora de su situación jurídica, y no como instrumento defensivo, para lo cual se ha creado ...' ".

"Se tomó como prueba de cargo un testimonio inexistente y una inspección judicial también inexistente".

El Procurador Tercero Delegado acierta cuando afirma la validez del testimonio de Jorge Tamayo Paredes, porque si bien el original no

aparece rubricado por el juez que lo recibiera, esta omisión está salvada en el respectivo duplicado (folio 78, cuaderno de copias); y, en cuanto a la objeción del memorialista, al tomar una constancia por una inspección judicial, la Sala, en acápite anterior ha despejado la diferencia entre una y otra.

La delegada también aprecia bien las probanzas cuando estima que la diligencia de indagatoria (que se resiente del señalamiento de la fecha en que fuera tomada —folio 73—) fue debidamente sustituida por lo que se llamó, impropiamente, ampliación de indagatoria —folio 154—, que en realidad constituía una verdadera declaración sin juramento, aspecto debidamente complementado por los careos que este sindicado *(Libreros González)* sostuvo a folios 109 vuelto y 162, oportunidades procesales en las cuales se le permitió descargarse de la incriminación y aportar, en favor suyo, elementos de persuasión de obligada valoración por el juzgador.

Los folios 61, 80 y 88 aportan demostraciones categóricas sobre los datos personales del sentenciado, los cuales pretende el censor establecer, únicamente, por medio de la indagatoria de folio 154. Además, no se ve cómo estos aspectos de su memorial, con los cuales busca demostrar una alteración del debido proceso (derecho de defensa), sean de recibo si se tiene en cuenta la calificada intervención que tanto el apoderado de *Libreros González*, como él mismo, ejercitaron a plenitud en el proceso.

Conviene, entonces, concluir con esta transcripción del concepto fiscal: "Y en cuanto al efecto que tuvieran tales pruebas en relación con la demostración de la infracción, aún con prescindencia de la indagatoria, suplida en la forma dicha, no variaría la situación por lo ya indicado; y respecto a la comprobación o inspección judicial, que efectivamente debe reconocerse como inválida e inexistente por no ajustarse a las normas procesales, tampoco tendría efecto, dado que los hechos resultan probados mediante otros elementos obrantes en autos; sin que en tal forma y por este aspecto resulta procedente el cargo".

La acusación al fallo no prospera.

En consecuencia, 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.

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

Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Sus requisitos (artículo 481 del Código de Procedimiento Penal). Cómo se redacta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 90, noviembre 30 de 1978.

Bogotá, D. E., noviembre 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Claudio Ignacio Alfonso Martínez, contra la sentencia de 27 de septiembre de 1977, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, al confirmar la de primera instancia originaria del Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad, condenó al procesado a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio, en Luis Carlos Sánchez López.

El Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en su concepto de rigor, solicita se deseche el recurso.

Hechos

El Tribunal con sujeción al caudal probatorio, los ha presentado en los siguientes términos: "A eso de las siete de la noche del trece de junio de mil novecientos setenta y cuatro, en la cantina de Concepción Castañeda de Lizarazo en cuadras de la población de Almeida, se encontraban varios parroquianos entre ellos, Luis Carlos Sánchez López, quien a la postre resultó muerto, Claudio Ignacio Alfonso Martínez, su hermano Pablo Alfonso Martínez, Miguel Barreto y Macedonio Barrera entre otros. Hubo amago de discusión entre Barrera y Barreto. Macedonio Barrera en un momento determinado le dio un empujón a Pedro Antonio González, habiendo rodado por tierra Luis Carlos Sánchez López y Claudio Ignacio Alfonso Martínez. Se oyeron varios disparos, habiendo quedado gravemente herido Luis Carlos Sánchez, quien murió al día siguiente en el hospital de Guateque".

Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Almeida, en atención al informe recibido de las autoridades de Policía, dos días después de ocurridos los hechos inició la correspondiente investigación (folios 1 vuelto y siguiente). Se practicaron numerosas pruebas, se oyó en indagatoria a Claudio Ignacio Alfonso Martínez (folios 39 y siguientes, cfr. folio 78), contra quien el 25 de julio de 1974 se dictó auto de detención (folios 51 y siguientes). El Juzgado Quinto Superior de Tunja, al cual correspondió en reparto el conocimiento de estas diligencias, por auto de 7 de marzo de 1975, previo el respectivo cierre de investigación (folio 154), de acuerdo con el concepto de su fiscal colaborador (folios 159 y ss.), sobreseyó temporalmente en favor del sindicado Alfonso Martínez y reabrió la investigación (folios 165 y ss.). Clausurada la reapertura (folio 257), el Fiscal solicitó se profiriera auto de llamamiento a juicio contra el sindicado "como autor responsable de homicidio voluntario en la persona de Luis Carlos Sánchez López" (folios 260 y siguientes), pero el Tribunal, por providencia de 4 de mayo de 1976, profirió un segundo sobreseimiento temporal (folios 267 y siguientes), el cual fue recurrido en apelación por el Ministerio Público (folio 277) y por la

parte civil. Luego de alguna incidencia procesal que no amerita ser resaltada en el momento, el Tribunal, de acuerdo con su colaborador fiscal, por auto de ocho de octubre de 1976, revocó el apelado y, en su lugar, llamó a responder en juicio a Claudio Ignacio Alfonso Martínez por el delito de homicidio en Luis Carlos Sánchez López (folios 311 y siguientes).

Se practicaron pruebas en la etapa probatoria del juicio, se verificó sorteo de jurados, se celebró la audiencia pública, habiendo contestado los Jurados a la Cuestión Unica: "Sí es responsable". Después se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia. Y, ahora se ocupa la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto legalmente contra la última de aquéllas.

La demanda

Luego de los prolegómenos de rigor el censor, al amparo de la causal cuarta de casación, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula dos cargos contra la sentencia impugnada, los cuales se entra a presentar y responder en su orden:

Primer cargo: El Tribunal, en el auto por medio del cual revocó el sobreseimiento temporal y llamó a juicio, "no hace la calificación genérica del hecho con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", violando así los ordinales 3º y 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, lo cual va contra el artículo 26 de la Constitución, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio. Y aquello, porque el Tribunal no apreció ni estudió ni existe alguna circunstancia modificadora de la responsabilidad, como la riña imprevista. Apenas se limitó a determinar si Ignacio Alfonso era el autor del delito o no. La calificación se quedó en la mitad del camino. Y, como era providencia del Tribunal, no quedaba ningún remedio, ya que el juez no podía decretar la nulidad de ella.

Reafirma que hubo violación de las normas ya indicadas y, agrega que también se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el ordinal 5º del artículo 210 del Estatuto Procesal Penal.

Se responde el cargo

Las dos nulidades que ahora se plantean, ya habían sido propuestas en el curso de las instancias y habían sido negadas. Pasando al cargo, se tiene:

La censura carece de fundamento. En efecto:

En el auto por medio del cual el Tribunal revocó el segundo sobreseimiento temporal y llamó a juicio, se dijo:

"El señor Fiscal del Juzgado, doctor Hernando Torres Barrera, en su concepto de fondo para la calificación procesal pidió llamamiento a juicio en contra de Claudio Ignacio Alfonso Martínez por homicidio voluntario, sin atenuantes ni agravantes, en Luis Carlos Sánchez López; en igual forma se ha pronunciado el señor apoderado de la parte civil. Por su lado, el apoderado del sindicado, pidió en su favor un sobreseimiento definitivo y en subsidio, uno de carácter temporal" (folio 312).

Y, ya para finalizar: "El señor Fiscal Primero de la Corporación, con razones que la Sala comparte íntegramente, ha llegado a la conclusión acertada de que en este proceso, están acreditados a cabalidad los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para dictar auto de proceder y en consecuencia, ha pedido que se revoque el sobreseimiento temporal y se demande criminalmente a Claudio Ignacio Alfonso Martínez" (folios 317 y siguiente).

Es decir, que el Tribunal hace suyos, en su integridad, los razonamientos expuestos por su colaborador para llamar a juicio. Y, dentro de estos se encuentran los siguientes: de la cita del Fiscal en primera instancia: "Con estos elementos de prueba se impone por necesidad el que el procesado debe ser llamado a juicio como autor responsable de un homicidio voluntario en la persona de Luis Carlos Sánchez López y ésta es la petición que esta Fiscalía hace a su Despacho".

Y, como conclusión: "Esta Fiscalía del Tribunal no puede menos de coadyuvar la petición de llamamiento a juicio del sindicado Claudio Ignacio Alfonso Martínez por homicidio voluntario en Luis Carlos Sánchez López, en homenaje a la verdad y a la justicia, previa revocatoria *del equivocado segundo sobreseimiento temporal apelado" (folios 289 y siguiente).*

Entonces, si el Tribunal comparte en su integridad los razonamientos de su colaborador y si dentro de éstos de manera clara se dice que se está frente a un homicidio simplemente voluntario y que así debe calificarse al proferirse el

llamamiento a juicio, previa revocatoria del segundo sobreseimiento temporal, no puede afirmarse, como lo hace el demandante, que no se precisaron los cargos y que la calificación quedó a la mitad del camino. De manera clara y categórica se hizo concreta referencia a que se estaba ante un homicidio voluntario. Y, si no hubo manifestaciones en torno a otras circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad, ello pudo obedecer a que no se le plantearon al juzgador para su estudio y, no encontrándolas éste en parte alguna, podía pasar por alto hacer referencia a lo que consideraba inexistente.

De otra parte, si lo que se pretende es insinuar que se violaron los derechos de la defensa, también es impertinente tal alegación, ya que al procesado se le dijo de manera clara de qué se le acusaba, dentro de qué circunstancias y con fundamento en qué medios probatorios.

Lo dicho lleva también a descartar el que hubiera incurrido en causal de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, como se enuncia en el libelo.

Por tanto, este cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo: La sentencia se dictó sobre un juicio viciado de nulidad supralegal, pues se violó el artículo 26 de la Constitución que dispone: "Nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias del juicio ...".

Esa nulidad surge de lo siguiente: El sorteo de jurados es nulo, porque el Juez Superior no firmó el acta. Nulidad que se desprende del artículo 540 del Código de Procedimiento Penal, que transcribe en parte. La presencia del juez es, así, indispensable y, como ese funcionario no firmó el acta, se presume que estuvo ausente. Luego de acuerdo con el 214, el incumplimiento de esa formalidad "hace inexistente el acto procesal".

En consecuencia debe decretarse la nulidad respectiva.

Se responde el cargo

El hecho sobre el cual se basa esta impugnación: no asistencia del juez al acto de sorteo de jurados, no es cierto.

Verdad que en el original del acta no aparece firmado por ese funcionario, pero en el folio 298 del cuaderno de copias, que constituye la del acta de sorteo de jurados, sí está la firma del juez que se echa de menos en el cuaderno original. Y también en las copias, como en el original, aparecen las firmas del Fiscal, del enjuiciado y de la Secretaria (cuaderno original, folio 340).

No haber firmado el juez en el original, constituye una irregularidad que no alcanza a perfilar nulidad de orden constitucional. Tanto menos cuanto que el hecho sobre el cual se basa la censura: ausencia del juez en la diligencia de sorteo de jurados, está desmentido por lo que dice la copia.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

Habiéndose llegado con relación a las dos impugnaciones a la conclusión a la cual se llegó, se dará aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, se desechará la demanda.

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 27 de septiembre de 1977, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Cópiese, notifíquese devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

La resolución que convoca a un Consejo de Guerra Verbal, no presupone una investigación previa o una etapa sumarial propiamente dicha, por lo que la mentada resolución no puede ser tenida ni considerada como auto de proceder en strictu sensu

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 24674.

Aprobado: Acta número 90.

Bogotá, D. E., noviembre 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Vistos

Procede la Corte a desatar el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 16 de diciembre de 1977, con la cual confirmó la del Presidente del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comando del Batallón de Infantería número 1 "Bolívar" acantonado en Tunja, que condenó el 25 de abril del mismo año al Cabo Segundo, José María Cadena Díaz, como autor responsable del delito de *homicidio* en la persona del también Cabo Segundo, Jorge Enrique López Garavito a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Los dejó sintetizados el Tribunal, en la siguiente forma:

"... tuvieron ocurrencia el día 6 de marzo de 1977, siendo la 1:30 horas del día en la Base Militar de 'Calderón', cuando después de haber estado ingiriendo licor varios oficiales y suboficiales en una casa cercana a la Base y luego de una discusión e intercambio de golpes entre los cabos, Puerto Jairo, el occiso López, con el sindicado estos, los primeros agredieron con insultos al sindicado en el recorrido hacia la Base, cuando Cadena era conducido por el Subteniente Sarria, para evitar un problema; el sindicado llegó a la Base, se subió a un vehículo tipo camión, donde estaban durmiendo los soldados, que debían partir a primera hora, tomó el fusil de uno de los soldados e inmediatamente disparó desde el camión contra el Cabo López, causándole la muerte inmediatamente. Posteriormente se apeó del vehículo, siempre armado y amenazando a todos los presentes, no habiendo logrado su objetivo de seguir disparando, ya que el fusil se trabó, oportunidad que fue aprovechada por los subtenientes Pulido y Sarria para desarmar al agresor ...".

Actuación procesal

Con base en el informe del Comandante de la Compañía B destacada en el Municipio Puerto Boyacá, el Comandante del Batallón número 1 "Bolívar", designó a un funcionario de Instrucción Penal Militar Especial para que iniciara y perfeccionara la averiguación penal correspondiente. Dicho instructor declaró abierta la investigación el 7 de marzo de 1977.

Previo concepto favorable del Asesor Jurídico respectivo, el Comandante del Batallón, mediante Resolución número 007 del 14 de abril de 1977, convocó un Consejo Verbal en la guarnición de Tunja para juzgar al procesado por el delito de homicidio.

Celebrado el aludido Consejo, los señores vocales, por mayoría de votos, respondieron afirmativamente los cuestionarios. Esta veredicción

condenatoria fue acogida por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal en sentencia del 25 de abril de 1977, al condenar a José María Cadena Díaz a la pena de ocho años de presidio.

El Tribunal Superior Militar, al conocer por vía de apelación, confirmó integralmente lo resuelto en la instancia con el fallo que es objeto de este recurso extraordinario.

Estudio de la demanda

Para solicitar la infirmación del fallo el demandante, después de hacer un resumen de los hechos debatidos, aduce la causal 4ª de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al estimar que se dictó en juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en armonía con los artículos 194 y 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Luego de señalar los fundamentos o actuaciones procesales que considera írritas, reduce a tres los cargos que hace a la sentencia del Tribunal Superior Militar para concluir que el Cabo Segundo, José María Cadena Díaz, "... no fue juzgado ante el Tribunal competente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio ...". En concreto, las censuras que formula son las siguientes:

1. "... Los miembros del Consejo de Guerra Verbal recibieron la facultad de administrar justicia en un caso de homicidio militar: el homicidio previsto y sancionado en el Título VII, Capítulo II, Libro II del Código de Justicia Penal Militar y juzgaron un homicidio de los contemplados en el artículo 362 del Código Penal.

"Por consiguiente, el Consejo de Guerra Verbal sobrepasó esa legalidad. El fallo fue ilegal, por no haberse sujetado a lo dispuesto en la resolución de convocatoria ...".

Responde este cargo el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, demostrándole al actor que la resolución mediante la cual se convoca un Consejo de Guerra Verbal, no puede, ni legal ni jurídicamente, asimilarse al auto de proceder que marca la etapa del juicio en el procedimiento de los Consejos de Guerra ordinarios y que, por lo tanto, se trata de una resolución de mero impulso procesal que simplemente contiene una calificación muy provisional del hecho, susceptible de ser modificada en los cuestionarios. De aquí que exprese:

"En los Consejos de Guerra Verbales la primera instancia comienza con la audiencia, en cumplimiento de una resolución con fuerza de providencia judicial. Pero como no existe el auto enjuiciatorio hecho por el juez de derecho se le ha dado a los cuestionarios ese atributo de legalidad incriminatoria, diciendo el estatuto penal castrense, que a partir de ese concepto se inicie el juicio (artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar) y así lo ha sostenido la honorable Corte en varias oportunidades.

"De manera que en el cuestionario el que viene a reemplazar el auto de proceder, es allí donde se encuentran consignados los cargos y hecha la calificación jurídica del delito o delitos.

"Entonces no se trata de que la resolución de convocatoria sea el auto de proceder o viceversa, porque desde ese momento hasta la formulación del pliego de cargos hay una etapa sumarial y ella puede determinar precisamente la variación de esa calificación provisional delictiva contenida en la resolución que fue lo que ocurrió en el caso analizado.

"En razón de ello la calificación que se dio en la formulación de los cuestionarios en el presente caso se encuentra acorde con la realidad procesal, pues el delito que se trataba de juzgar era un homicidio común y no un homicidio militar, juzgable por el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra por encontrarnos para la fecha de los hechos en época de anormalidad institucional (artículo 308, numeral 2º y 588 del Código de Justicia Penal Militar)".

A estos argumentos agrega la Corte que la resolución que convoca un Consejo de Guerra Verbal no presupone siempre una investigación previa, o una etapa sumarial propiamente dicha (artículos 567 y 574 del Código de Justicia Penal Militar), por lo que la mentada resolución no puede ser tenida ni considerada como un auto de proceder, strictu sensu, *pues, además, no liga, ata o limita las facultades del Presidente del Consejo, ni condiciona fatalmente las competencias del juzgamiento. En efecto: si de las pruebas surgen sindicaciones contra otras personas no comprometidas en la resolución, el Presidente ordenará su captura, su sometimiento a indagatoria y a juicio (artículo 575 del Código de Justicia Penal Militar); si aparecen hechos de competencia de los Consejos de Guerra Verbales, que a juicio del Presidente tienen conexidad con los que originaron la convocatoria del Consejo, con ellos se redactarán los cuestionarios respectivos (artículo 577 del Código de Jus-*

ticia Penal Militar); y, si por último, considera el Presidente que debe abstenerse de formular cuestionarios contra alguno o todos los acusados, previo concepto del Asesor Jurídico, ordenará la cesación del procedimiento (artículo 578 del Código de Justicia Penal Militar).

Esta discrecionalidad pone de manifiesto que la tal resolución dista sustancialmente, se repite, de ser un auto de proceder o de ser asimilable a ese especial pronunciamiento propio del procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios y del establecido por el Código de Procedimiento Penal. De aquí que no existiendo en este procedimiento auto de proceder, la etapa del juicio comienza cuando el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formula por escrito y entrega a cada uno de los vocales, el cuestionario o cuestionarios que se someten a su decisión (artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar). Esta pieza fundamental, es precisamente la que rige el juzgamiento y es en ella donde se consigna, en definitiva y en forma sintética, el cargo o los cargos que se le formulan a los procesados para que se defiendan de él o de ellos en la audiencia.

Entonces, si ese es el preciso alcance jurídico del cuestionario, débese entender que la determinación que del delito haga la Resolución de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal es provisional y sujeta a variaciones, según las resultancias procesales. Y, si ésto es evidente, es menester concluir que al haberse dicho en la resolución que se convocaba un Consejo de Guerra Verbal para juzgar al procesado por el delito de homicidio militar y, luego, haberse preguntado en el cuestionario por un homicidio corriente (artículo 362 del Código Penal) y dictado sentencia por esta última infracción, no se conculcaron las formas propias del juicio ni el derecho de defensa como lo pretende el demandante.

Es más, en la audiencia no se debatió el homicidio militar; todos, absolutamente todos los intervinientes, funcionarios, reo, defensor y vocales entendieron que se trataba de un homicidio común, y las sentencias de primero y segundo grado así lo consignaron. Sustancialmente se convocó el Consejo de Guerra Verbal para juzgar un homicidio.

En estas condiciones, el cargo no puede prosperar.

2. "... La aludida resolución no dio jurisdicción para juzgar al Cabo Segundo José María Cadena Díaz, puesto que no lo dice en la parte resolutiva. Al juzgar a este y no a otro se cometió un acto arbitrario ...".

Al respecto el Ministerio Público anota: "... en el cuerpo de la providencia se está indicando la persona que ha sido llamada a responder por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales. Como en dicho procedimiento no hay propiamente calificación del sumario ni auto de enjuiciamiento, la resolución es una simple providencia de impulso procesal tal como lo dispone el inciso final del artículo 419 del Código de Justicia Penal Militar ...".

Admite la Corte que en la parte resolutiva de la resolución mediante la cual se convocó, en este proceso, el Consejo de Guerra Verbal, no se consignó el nombre del procesado. Sin embargo, en sus motivaciones se dejó, con toda nitidez, indicada por sus nombres y apellidos completos la persona que sería sometida a juicio, en la siguiente forma:

"... Que en este juzgado de instancia cursa un proceso penal contra el Cabo Segundo del Ejército Nacional en servicio activo, José María Cadena Díaz, por el delito de *homicidio* en la persona del Cabo Segundo, Jorge Enrique López Garavito, según hechos ocurridos en la Base Militar de Calderón, Municipio de Puerto Boyacá (Boyacá), el 6 de marzo del corriente año ...".

"... Que obra legalmente producido en el proceso, el concepto del señor Asesor Jurídico designado por este Comando, de cuyo análisis se desprende que existe mérito suficiente para proceder al juzgamiento del Cabo Segundo, José María Cadena Díaz, como presunto responsable del delito de *homicidio,* consumado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que registra el proceso ...".

Dadas las características propias de esta resolución, señaladas por el señor Procurador y por la Corte en el estudio del cargo anterior, la no inclusión del nombre del procesado en su parte resolutiva, no pasa de ser una irregularidad, un olvido lamentable, pero sin trascendencia jurídica para el juzgamiento, porque a pesar de ella el procesado y su víctima quedaron completamente identificados como lo demuestra la transcripción que antecede, y porque, de todas maneras, quedó subsanada en el cuestionario que absolvieron los vocales.

En tal virtud, el cargo no está llamado a prosperar por no comportar esa emisión un desconocimiento de las formas propias del juicio y del derecho de defensa.

3. "... Puesto que el expediente no estableció que el país se encontrara en estado de guerra, de conflicto armado, de turbación del orden público o de conmoción interior, hay que suponer la normalidad y, por tanto, el procedimiento para juzgar un homicidio común, no es el de los Consejos de Guerra Verbales ...".

El señor Procurador Delegado recuerda al impugnante que el Gobierno Nacional por Decreto 2131 del 7 de octubre de 1976, declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el país y que en ejercicio de las facultades que le otorga en tales circunstancias la Constitución Nacional, dictó el Decreto legislativo número 2260 del 24 de octubre de 1976 en el que señaló el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales para los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar, entre los cuales, obviamente, se encuentra el homicidio perpetrado por José María Cadena Díaz el 6 de marzo de 1977.

Más adelante agrega: "... las normas no necesitan probarse, hasta con su promulgación para que tomen fuerza de ley y obliguen su cumplimiento. En tales circunstancias, le correspondería al demandante probar que el país no se encontraba para la fecha de los hechos en situación de anormalidad institucional ...".

Considera la Corte que estos argumentos del colaborador fiscal son más que suficientes para rechazar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de dieciséis de diciembre del año pasado, proferida 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JUECES DE HECHO

Sus facultades. Incompetencia del iuri para rebasar el cuestionario. El iuri puede y debe decidir sobre la responsabilidad del procesado pero le está vedado calificar los hechos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 87 de noviembre 23 de 1978.

Bogotá, D. E., noviembre 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.*

Vistos

Se encuentra acusada en casación la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga, el día 29 de noviembre de 1977, confirmando el pronunciamiento de primera instancia condenó a Roberto Pabón Pabón, Gregorio Landazábal Pabón, Luis Abelardo Villamizar Pabón y Luis Francisco Rojas Pérez, como autores responsables de los delitos de homicidio en las personas de Segundo Jaimes Pabón y Jorge Enrique Villamizar Pabón.

El recurso fue concedido y declarado admisible por la Corte en su debida oportunidad.

Hechos

"En las horas de la noche del veinticuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro arribaron a la tienda de Gonzalo Pabón, ubicada en la calle 3ª número 11-05 de esta ciudad, Jorge Enrique Jaimes Villamizar, Luis Salcedo López, Alvaro Martínez Pabón y Segundo Jaimes Pabón y allí solicitaron que se les sirviera unas cervezas. Minutos más tarde, en la misma cantina, se hicieron presentes Gregorio Landazábal Pabón, Roberto Pabón Pabón, Luis Abelardo Villamizar Pabón, Luis Francisco Rojas Pérez, María Omaira Pabón Flórez y otro no bien determinado que de acuerdo con algunas probanzas puede ser Luis Evelio Martínez Pabón. Este último grupo, desde el primer momento asumió una actitud hostil y pendenciera, amedrentando a los presentes y al joven Lincon Pabón, quien atendía el establecimiento, hasta tal punto que Luis Salcedo López, Alvaro Martínez y Lincon Pabón, precavidos, abandonaron la tienda y trataron de pedir ayuda a algunos conocidos y parientes, porque presagiaban funestas consecuencias, ya que estaban en antecedentes de una vieja enemistad existente entre Roberto Pabón Pabón y Gregorio Landazábal Pabón, contra los integrantes del grupo que inicialmente se encontraba dentro de la tienda. Es lo cierto que instantes después se oyeron unas detonaciones y recibieron mortales heridas de bala Segundo Jaimes Pabón y Jorge Enrique Jaimes Villamizar, quienes no pudieron o no quisieron huir. A consecuencia de esas heridas perdieron la vida los citados anteriormente, mientras que los homicidas y su grupo se esfumaban de los contornos para ir a refugiarse en parajes lejanos de la ciudad. Más tarde todos fueron capturados y vinculados a este proceso como se sabe" (folios 11 y 12),

El proceso recibió los trámites de ley.

La demanda de casación

Primer cargo. Enunciación:

"La sentencia condenatoria dictada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga por medio de la cual se condenó a los procesados recurrentes en casación, fue dictada por el *ad quem* en un proceso viciado de nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Política, por haberse infringido la previsión de la falta de observancia de las formas propias del juicio".

Resumen del cargo

"Impugna la sentencia recurrida en razón de que a los procesados Luis Francisco Rojas Pérez y Luis Abelardo Villamizar Pabón se les llamó a responder en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia por un delito de homicidio en el grado de la complicidad no necesaria, pero el jurado, y sin haberse modificado la situación jurídica de los procesados en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública resolvió condenarlos por el delito de homicidio voluntario, de cuya calificación había sido excluidos en el auto de proceder. Y esa calificación del delito de homicidio voluntario no se les había formulado en el auto de proceder, luego no tuvieron la oportunidad de conocer ese cargo para que se hubieran defendido de él en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, por cuyo motivo, se les juzgó y condenó sin antes haber sido oídos y vencidos en juicio.

"Como la nulidad invocada cobija por igual a los no involucrados con este cargo, según doctrina constante de la honorable Corte, la nulidad deberá ser decretada para los cuatro procesados como respetuosamente lo solicito a esa honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia".

Segundo cargo. "La elaboración de los cuestionarios por parte del señor juez de derecho fue defectuosa, pues olvidó que el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal prescribe la forma como los cuestionarios deberán ser elaborados en forma tal que se le facilite a los jueces de hecho la respuesta que deban dar a la cuestión sometida a su consideración. No se incluyó en ninguno de los cuestionarios elaborados por el *a quo* las palabras sacramentales sobre las cuales deberían haberse pronunciado los jueces de hecho como son las de que el procesado es responsable, SI o NO para facilitar el veredicto de conformidad con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. Siendo la anterior omisión una cuestión fundamental en la elaboración de los cuestionarios sometidos a la consideración del Tribunal de Pueblo, su omisión genera la nulidad prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal denominada inexistencia del acto procesal".

Tercer cargo. Se invoca la segunda causal de casación. "La sentencia recurrida dictada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso, no está en consonancia con los cargos formulados contra los procesados en el auto de proceder".

Demostración del cargo

"El auto de proceder dictado por el honorable Tribunal Superior, mediante el cual se llamó a responder a juicio criminal a los procesados, dice lo siguiente:

"Las consideraciones hechas anteriormente enseñan que la participación de Rojas Pérez, y de Villamizar Pabón, no son de tal entidad y naturaleza para poder decir que el delito no tuvo ocurrencia. Sin embargo, son relevantes y caracterizadas y por eso mismo estos dos individuos deberán responder en juicio como cómplices no necesarios" (folio 39, cuaderno 3).

"Y esa calificación les fue formulada en la parte considerativa del auto de proceder cuando se dijo que tales individuos deberían responder en juicio como cómplices no necesarios, por los mismos hechos (folio 40 del mismo cuaderno).

"El honorable Tribunal Superior, acogiendo el veredicto del jurado, condenó a estos dos procesados como coautores materiales del delito de homicidio, agravando la situación jurídica ante la ley y colocándose en desacuerdo con el cargo formulado en el auto de proceder que como ya vimos, era el de cómplices no necesarios".

Cuarto cargo. "*Tercera causal que se invoca:* La primera prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que dice: artículo 580. Causales de casación. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos: 1. "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Enunciación

"La sentencia censurada en casación es violatoria de la ley sustancial por infracción directa y aplicación indebida y por falta de aplicación. A dicha trasgresión de la ley sustancial se llegó por evidente y manifiesto error de derecho".

Resumen del cargo

"Impugna la sentencia recurrida también con fundamento en la causal primera de casación, previsto en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en lo concerniente a los manifiestos errores de derecho en que incurrió el fallador *ad quem* en la aplicación de los artículos 362, 31, 3º del Código Penal, errores ostensibles

y evidentes que se reflejaron en la dosificación de la pena impuesta. De no haber mediado tales errores de derecho, la sanción hubiera sido la de 11 años de presidio para Roberto Pabón Pabón y la de 9 años, 6 meses para Gregorio Landazábal Pabón y la de 5 años para Luis Francisco Rojas Pérez y Luis Abelardo Villamizar Pabón".

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia exclusivamente el primer cargo a la sentencia y pide que se decrete la nulidad y se devuelva el expediente por intermedio del Tribunal de origen al juzgado competente, para que un nuevo jurado decida la responsabilidad de los sindicados recurrentes, con vista en el interrogatorio propuesto a su consideración.

Consideraciones de la Corte

Cargos primero y tercero. Se estudian conjuntamente, porque los dos se complementan y su prosperidad conduce a unas mismas conclusiones.

El pliego de cargos (auto de proceder) y el cuestionario que el juez competente somete a la veredicción del jurado son de la competencia exclusiva de los jueces de derecho. Ninguna persona distinta puede intervenir en su redacción. Contienen y compendian las imputaciones al sindicado. Y solamente por éstas deberá responder el procesado, previo cumplimiento por el juzgador de la plenitud de las formas propias del juicio.

El auto de proceder debe redactarse con fidelidad a los hechos del proceso que el juez admite como demostrados. En la parte motiva se concretan los cargos que se atribuyen al acusado, con expresión clara de las circunstancias que los especifican y que degradan o agravan su responsabilidad.

De manera que si en el auto de proceder o pliego de cargos no figura una circunstancia modificadora que agrave la responsabilidad del sindicado, no puede el juez, en los juicios de puro derecho, deducirla en la sentencia condenatoria, salvo el caso que, posteriormente, en la etapa probatoria de la causa, aparezca prueba con virtud suficiente para sustentarla y que, previamente, se hubiere discutido con el sindicado y su defensor, con la amplitud debida, de forma que no resulte sorpresiva, ni secreta, y que se haya aducido al juicio con la observancia de sus requisitos formales, legalmente obligatorios.

Lo propio ocurre con las modalidades que degradan la responsabilidad del autor del hecho delictuoso. No se pueden desconocer por el juzgador las que dedujo en el auto de proceder, sino porque, igualmente, con posterioridad, en la etapa probatoria del juicio, se aduzca, válidamente, prueba fehaciente, debatida con la defensa, que permita su descalificación en la sentencia condenatoria.

No es distinta la situación jurídica en los procesos que se tramitan por la vía del jurado de conciencia.

El cuestionario destinado a su veredicción no ha de contener circunstancias agravadoras de la responsabilidad del sindicado que no hayan puntualizado en el auto de proceder, o que, posteriormente, en la etapa del juicio, no hubieren encontrado soporte probatorio inequívoco que haga permisible su imputación en los cuestionarios. De los que no se puede excluir una circunstancia modificadora, degradante de la responsabilidad del procesado, que le hubiese sido reconocida en el auto de proceder, sino dentro de las precisas limitaciones ya anotadas.

Ni puede tampoco el jurado de conciencia, con fundamento en las permisiones que le otorga el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, motu propio, *agravar la responsabilidad del sindicado por fuera o más allá de las expresamente contenidas en el cuestionario sometido a su absolución, ni desconocer aquellas degradantes de la responsabilidad que en él fueron incluidas por el juez de derecho. Todo por las razones ya explicadas.*

Hay quienes sostienen que contra los excesos del jurado de conciencia no cabe sino la declaración de contraevidencia del veredicto. Olvidan que sus potestades no son un arbitrio. Están regladas en el Código de Procedimiento Penal y sometidas a pautas precisas. Algunas son de carácter constitucional. Nadie, ni siquiera el jurado de conciencia, puede condenar sin haber oído y vencido en juicio al sindicado. Ni juzgarlo por un hecho distinto de aquél por el cual fue sometido a juicio. Así ese hecho nuevo sea una circunstancia modificadora de la responsabilidad en íntima vinculación con el hecho principal por el cual se lo juzga.

Y viniendo al desconocimiento por el jurado de una circunstancia modificadora de la respon-

sabilidad favorable al reo, expresamente reconocida en el auto de proceder, incluída en el cuestionario, salvo los casos de que se hace mérito en párrafos antecedentes, débese afirmar su total incompetencia para hacerlo. Equivaldría al reconocimiento de un motivo de agravación del hecho delictuoso sin prueba que lo autorice. O a la admisión de que se puede condenar sin prueba de ninguna naturaleza, así la condena se refiera a un aspecto parcial del hecho que se juzga, o a una modalidad del mismo.

Para prevenir tamaño despropósito, el legislador elevó a categoría de causal de casación dentro del recurso extraordinario, aquellos desvíos en que suelen incurrir, con demasiada frecuencia, los jueces, sin excluir al jurado.

Los dos motivos de la causal segunda de casación: no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder, o no estarlo con el veredicto, son alegables en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

Cuando el jurado, que no ha sido preguntado por una circunstancia agravante de la responsabilidad del sindicado, deja constancia de ella en su veredicción, la sentencia que se dicte en armonía con su respuesta, no lo estará con el auto de proceder. Y ocurrirá lo mismo cuando el jurado desconoce en el veredicto una circunstancia minorante de la responsabilidad, incluida en el cuestionario y reconocida en el auto de proceder.

En ambos casos, el recurrente en casación puede escoger entre las posibilidades que le ofrecen las causales del recurso extraordinario, la que con mayor amplitud convenga a sus intereses.

En el caso concreto sometido al examen de la Corte, podía ciertamente el actor acudir, como lo hizo, al motivo primero de la causal segunda de casación —no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder—.

La contestación del jurado, eliminó, sin justificación, mientras no se demuestre lo contrario, una modalidad delictiva favorable a los sindicados recurrentes. Y es verdad que la sentencia condenatoria que acogió su veredicto se dictó en armonía con él. Pero en desacuerdo con el auto de proceder. Y bien pudo en su hora el Tribunal sentenciador desconocer el exceso en la veredicción, por incompetencia del iure *para rebasar el cuestionario. El* iure *puede y debe decidir sobre la responsabilidad del procesado. Pero le está vedado calificar los hechos. Esta calificación es de la exclusiva competencia del juez de derecho.*

Si en la parte resolutiva del auto de proceder debe llamarse al sindicado a responder en juicio por el delito que le aparezca, sin especificarlo en sus modalidades distintas, denominándolo genéricamente, ello obedece a la necesidad de que los jueces de derecho, y también el jurado, los unos en la sentencia y el otro en el veredicto, puedan, si así lo reclama la justicia, degradar en todo o en parte la responsabilidad que se atribuye al agente. Y agravarla también, si con posterioridad a la ejecutoria del auto de proceder, en la etapa probatoria del juicio, aparece, como ya se dijo, prueba inequívoca que lo justifique, o permita modificar, con esa agravación, el cuestionario que se somete a su decisión.

El recurrente ha proferido acogerse también a la causal cuarta de casación. Encuentra que la sentencia censurada fue dictada en juicio viciado de nulidad. Y con acierto anota la incompetencia del iure *para agravar la responsabilidad de sus patrocinados, rebasando las imputaciones que se les hicieron en el auto de llamamiento a juicio y que se incluyeron en los cuestionarios. Y agrega con razón que, por la agravante, fueron condenados Luis Francisco Rojas Pérez y Luis Abelardo Villamizar Pabón, sin haberlos oído ni vencido en juicio, con violación del artículo 26 de la Carta, que tutela las formas propias del juicio.*

Dicho lo anterior, debe la Corte hacer algún raciocinio acerca de la pretensión del actor de extender los beneficios de la prosperidad del cargo a la totalidad de los sindicados recurrentes. Y sobre el particular se observa que solamente de Luis Abelardo Villamizar Pabón y Luis Francisco Rojas Pérez predicó el auto de proceder, dictado por el Tribunal sentenciador, la condición de cómplices no necesarios, circunstancia desconocida por el iure *y por el Tribunal en la sentencia acusada. Y así la nulidad impetrada, en ningún caso favorecería a los recurrentes restantes, que fueron condenados en la proporción exacta de la responsabilidad que les fue imputada en el auto de proceder y en los cuestionarios.*

La incompetencia de los jueces de derecho y del jurado para condenar a Luis Abelardo Villamizar Pabón y a Luis Francisco Rojas Pérez, no se extiende tampoco a la totalidad de sus pronunciamientos, pues se contrae al exceso en la condena, o sea a la pena de más que se les impuso con base en el desconocimiento por el iure *y por el Tribunal sentenciador de su condición de cómplices no necesarios en el homicidio perpetrado en Jorge Enrique Jaimes Villamizar*

y Segundo Jaimes Tobón, condición que con anterioridad a la sentencia les había reconocido el Tribunal, y que fue incluida por el Juez Séptimo Superior de Bucaramanga en los cuestionarios que absolvieron los jurados, afirmando su responsabilidad.

No se trata, entonces, en el presente caso, de que un nuevo jurado convocado por el juez de la causa se pronuncie sobre la existencia o no existencia de una modalidad delictiva determinante de menor responsabilidad en su hora reconocida en favor de los dos citados recurrentes por el Juez Séptimo Superior de Bucaramanga. El vicio de la sentencia se puede corregir en la forma que pudo hacerlo en su momento aquella Corporación. Es decir, atemperando la sentencia condenatoria al auto de proceder, retirando de ella el exceso, originado en el veredicto del iure, *acogido por el Tribunal. Ni el jurado popular podía, en las condiciones que lo hizo, desconocer aquella modalidad modificadora de la responsabilidad favorable a los sindicados recurrentes, ni el Tribunal acogerla, dentro de aquellas mismas condiciones injustificadas.*

Es más. A los jurados se les preguntó si cada uno de los sindicados recurrentes era responsable de haber prestado cooperación no necesaria en la muerte de Jorge Enrique Jaimes Villamizar y Segundo Jaimes Pabón. Y contestó que sí, en el grado de coautores. Lo que tanto vale como hacer una imputación distinta por la cual no fueron preguntados. Su veredicto debió ser interpretado por los juzgadores de instancia como simplemente afirmativo de su responsabilidad en la modalidad delictiva consignada en la pregunta.

El cargo prospera.

Cargo segundo. En ninguna parte dice el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal que el cuestionario sometido por el juez a la decisión del jurado deba contener la pregunta de si el acusado es responsable "SI o NO" de los hechos que se le imputan. Lo que sí debe expresar claramente es la determinación del hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, precisando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica, antecedidos de la pregunta por la responsabilidad del sindicado.

El artículo 435 ibídem prescribe que los jurados deberán contestar con un sí o con un no, cada uno de los cuestionarios que se sometan a su absolución, dejando breve constancia, si lo quieren, de las circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, en que, según ellos, se cometió el hecho delictuoso.

La redacción del cuestionario carece de una fórmula sacramental. Está sí sometido a reglas precisas, entre las que no figura la anotada por el recurrente como constitutiva de nulidad por violación de las formas propias del juicio.

El cargo no prospera.

Pero vale la pena llamar la atención, hacia el hecho cierto de que la permisión al jurado de hacer constar en su respuesta circunstancias diversas a las contenidas en el cuestionario, que dieron fisonomía al hecho delictuoso, no lo autoriza a deducir agravantes excluidas del auto de proceder, y de los cuestionarios, sino en la forma y por los motivos que se dijeron al examinar el cargo primero.

Así como la prohibición al juez de dar denominación jurídica, en los cuestionarios, a los hechos que somete a la veredicción del jurado, determinando las circunstancias que los constituyan conforme al auto de proceder, no da licencia al jurado para denominarlos él, cambiando su calificación jurídica.

Las constancias dejadas por el *iure* en su veredicto son de aceptación por el juez de derecho, y no lo obligan, si están dentro de las competencias del primero.

Si al absolver un cuestionario en que se pregunta al jurado si el agente es responsable de haber dado muerte a una persona, con intención de matar, contesta que no, pero que sí es responsable de delito de lesiones personales, el juez de derecho carece de competencia para condenar al reo por lesiones personales. Y debe tener el veredicto como simplemente absolutorio. Pues no podría condenar al inculpado como responsable de un delito por el que no ha sido llamado a responder en juicio.

El caso anterior no se diferencia sustancialmente de la hipótesis de condena con agravantes de responsabilidad, gratuitamente deducidas por el jurado, de las que no hay constancia en el auto de proceder, ni en la posterior etapa probatoria del juicio, y que no figuran en los cuestionarios. En el primer caso se condena a un hombre por un delito distinto de aquel por el cual fue llamado a responder en juicio. En el segundo caso, se lo condena, además por un hecho accesorio, en íntima vinculación con el principal, sobre el que no se le hizo imputación concreta, ni se le demostró responsabilidad y por el cual no fue oído ni vencido en juicio. Cambia la cuan-

tía. No la sustancia de la incriminación. La ausencia de motivos es la misma en las dos hipótesis. En la primera, por la totalidad. En la segunda, por el exceso.

Cargo cuarto. Se propone al amparo de la causal primera de casación, a un mismo tiempo como infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 362 y 31 del Código Penal.

Así propuesta la censura la Corte no puede examinarla ni llegar a conclusión ninguna valedera.

La infracción directa de la ley sustancial, su aplicación indebida y la interpretación errónea, son tres supuestos distintos de la violación directa que obedecen a motivos específicos diversos y excluyentes entre sí.

La infracción directa se da por falta de aplicación de la ley sustancial al caso pertinente.

La aplicación indebida, como su nombre lo indica, es justamente lo contrario de lo anterior. Se aplica la ley a un caso concreto ciertamente excluido de sus prescripciones.

Y la interpretación errónea tiene cabida cuando la norma bien seleccionada por el sentenciador ha sido aplicada con exageración o mengua de sus precisos alcances legales.

En los dos primeros supuestos, el sentenciador equivoca la selección de la norma que justamente reclama el caso sometido a su decisión. En el último, el sentenciador sustituye con el equivocado entendimiento suyo, el justo entendimiento de la ley.

El cargo no prospera.

Para concluir, se observa:

La pena impuesta a Luis Abelardo Villamizar Pabón y a Luis Francisco Rojas Pérez fue la de diez años; así: ocho por el mínimo correspondiente al homicidio y dos más por el concurso.

Teniendo en cuenta que los dos condenados no registran antecedentes y que por ello se les reconoce el máximo del descuento que en su caso autoriza el artículo 20 del Código Penal, se les pondrá la pena principal de cinco años y las accesorias correspondientes consignadas en la sentencia recurrida.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y condena a Luis Abelardo Villamizar Pabón y a Luis Francisco Rojas Pérez, de las notas civiles conocidas en autos, a la pena principal de cinco (5) años de presidio como responsables del delito de homicidio en las personas de Jorge Enrique Jaimes Villamizar y Segundo Jaimes Tobón, en su condición de cómplices no necesarios. Y la confirma en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Fabio Calderón Botero y Dante L. Fiorillo Porras.

No compartimos la anterior decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones que exponemos sucinta y respetuosamente:

1ª El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que "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 los artículos 565 y 567, a su turno, que "si de autos apareciere que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el juez y consultará su decisión con el Tribunal Superior" y, en su defecto, que "si el Tribunal Superior encontrare al estudiar el proceso para sentencia de segunda instancia (...) que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, así lo declarará y ordenará que el inferior convoque al nuevo jurado", prueba de que frente al veredicto no pueden los jueces de instancia hacer más que respetar la decisión contenida en aquél y dictar la sentencia de acuerdo con ella o, si es claramente contraria a la evidencia de tales hechos, declararlo así y convocar otro jurado que profiera nuevo veredicto, éste ya de manera definitiva, cualquiera que él sea.

2ª En armonía con estas disposiciones, el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal estatuye como causal de casación en su numeral 2º, los eventos en los cuales "la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en

el auto de proceder'' y, también, en los que aquella ''esté en desacuerdo con el veredicto del jurado'', de suerte que la causal establece dos motivos de impugnación *claramente diferentes,* a saber: a) cuando la sentencia *no esté en consonancia* con los cargos formulados en el auto de proceder, alegable en los juicios de puro derecho, y b) cuando la sentencia *esté en desacuerdo* con el veredicto, aducible en los juicios con intervención del jurado.

''... Cuando se alega la causal (2ª), se puede impugnar la sentencia por dos razones: por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; o por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado. Lo primero tiene aplicación explícita en los juicios de puro derecho, donde el juez es autónomo para calificar los hechos, estimar las pruebas, resolver sobre temas de responsabilidad y dictar la sentencia; pero —por regla general— en los juicios en que interviene el jurado, no es procedente alegar este motivo como causal de casación. En estos juicios, quien califica los hechos y la responsabilidad son los jueces de conciencia, y la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto del jurado ...''.

(*Gaceta Judicial,* Tomo LXVII, página 584).

''... ... ...''.

''... Con base en la causal 2ª de casación, se puede alegar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, en aquellos juicios en que no existe la intervención del jurado, pues en ellos corresponde directamente al juez de derecho proferir el fallo definitivo. O bien se puede acusar la sentencia por desacuerdo de ella con el veredicto del jurado, en los casos en que el Tribunal popular (debe) intervenir para decidir sobre la responsabilidad del procesado. Por ello se ha dicho, en repetidas ocasiones, que la sentencia es conclusión a las premisas sentadas en el auto de proceder, en los juicios sin jurado, y, en cambio, ella debe responder al veredicto del jurado cuando este cuerpo ha cumplido su función ...''.

(Auto Sala de Casación Penal, octubre 10 de 1969, *Gaceta Judicial,* Tomo CXXII, números 2318-2320, página 317).

3ª El artículo 535 ibídem, al fijar los límites de la veredicción, faculta expresamente a los jurados, además, para modificar la parte motiva del auto de proceder en cuanto a las *circunstancias del delito,* estableciendo, en efecto, que si aquellos ''juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario (elaborado de acuerdo con el auto de proceder), podrán expresarlo así brevemente en la contestación'', de manera que la unidad procesal de *auto de proceder-veredicto-sentencia,* o concordancia sustancial entre estos tres actos procesales, intocable para los jurados, está circunscrita a la calificación genérica del delito, de suerte que, si esto es evidente, los jueces de conciencia no quebrantan esa unidad cuando desechan circunstancias específicas de atenuación o de agravación consignadas en la parte motiva del auto de proceder, o cuando reconocen otras que no se indicaron allí expresamente:

''... Dentro del sistema de cuestionario único adoptado por nuestra legislación procesal, los jurados deben contestar el que se somete a su consideración con un sí o con un no, 'pero 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' (artículo 535). No existe en el Código norma alguna que prohíba al jurado popular expresar en el veredicto circunstancias modificadoras agravantes que no se hayan formulado en el cuestionario, o que no se hayan previsto en el auto de proceder, sin limitación distinta al respecto del género del delito por el cual se haya producido el auto de procesamiento ...''.

(Casación Penal, 22 de mayo de 1975, ponencia del honorable Magistrado Federico Estrada Vélez).

4ª Las premisas anteriores, trasladadas al caso materia de la decisión mayoritaria de la Sala, resaltan, en conclusión, el disentimiento de los suscritos.

En efecto, si el veredicto declaró a los procesados Luis Francisco Rojas Pérez y Luis Abelardo Villamizar Pabón responsables penalmente *como autores* de la muerte de Segundo Jaimes Pabón y de Jorge Enrique Jaimes Villamizar, la decisión adoptada por la Corte, condenándoles como simples *cómplices no necesarios,* en sentencia que está en desacuerdo con el veredicto del jurado porque lo *modifica* sustancialmente, haciéndole decir lo que no dice, facultad que, por lo inusitada, no le está atribuida a ningún juez de derecho cualquiera que sea su categoría.

''... El veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del jurado y se desnaturalizaría el juicio

popular. La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras cuando hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, *y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que este aduzca para pretenderlo.*

(Casación, 17 de mayo de 1944, LVII, 670).

Por este orden de ideas, creemos firmemente que el cargo no ha debido prosperar.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

Por haber salvado mi voto en ocasión similar a la que ahora se decide, aclaro mi voto en el presente caso:

Estoy de acuerdo con la ponencia en aquella parte en donde deja a salvo la potestad del jurado para agregar a su respuesta afirmativa o negativa de la pregunta contenida en el cuestionario, y en forma breve, "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario". Estas circunstancias diversas pueden agravar, atenuar o eliminar la responsabilidad del procesado.

Estoy de acuerdo también en que sólo el aporte de pruebas durante la etapa probatoria del juicio permite al jurado fundamentar la afirmación de una circunstancia agravante o atenuante. Y agrego que la prueba de una o de otra puede surgir dentro de la misma audiencia pública y, naturalmente, pasada ya dicha etapa probatoria. No creo, eso sí, que pueda modificarse el cuestionario porque éste debe ajustarse a la calificación (artículo 533 del Código de Procedimiento Penal). De donde se desprende que sin modificar el cuestionario, —elaborado de conformidad con lo dicho en el auto de proceder—, puede el jurado moverse libremente para decir "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 535 del Código de Procedimiento Penal), siempre y cuando que, durante la etapa probatoria del juicio o durante la audiencia, se hayan traído al proceso elementos de convicción, distintos de los que sirvieron al juez de derecho para efectuar la calificación, que permitan fundamentar la variación de situaciones que puede introducir el jurado en su veredicto.

En el caso de autos no existe ninguna variación probatoria entre la ejecutoria del auto de proceder y la sentencia. Considero, en consecuencia, que el jurado al atender las peticiones de los apoderados de parte civil, rebasó sus atribuciones ya que las alegaciones se hicieron sobre las comprobaciones de la sumaria perfectamente examinadas por el juzgador de derecho al calificarla.

Con profundo respeto por los criterios opuestos firmo esta aclaración de voto en la fecha indicada.

Pedro Elías Serrano Abadía, Alvaro Luna Gómez.

Adhiero.



CONFESION. VERSION DADA POR EL RETENIDO A LA POLICIA JUDICIAL

Valor probatorio de la confesión y de la versión frente a los artículos 269 del Código Penal y 289, numeral 8º de la misma obra

Qué es confesión judicial para que pueda tener valor de presunción legal y qué requisitos debe tener. Qué se entiende por procesado. Sus requisitos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 91 de diciembre 1º de 1978.

Bogotá, D. E., diciembre 4 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.*

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Barranquilla contra la sentencia de catorce de octubre del año inmediatamente anterior, por medio de la cual el Tribunal, al resolver el recurso de apelación propuesta por los apoderados de los procesados Víctor Merlano Miranda y Orlando Carbonell Flórez, contra la sentencia de 20 de junio del mismo año dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito que los condenó a las penas privativas de la libertad de cuarenta y ocho meses de presidio como autores responsables del delito de robo, la revocó para en su lugar absolver a los procesados por los cargos que le fueron formulados en el respectivo auto de proceder.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstuvo de ejercer el derecho que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, para ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal de Barranquilla.

Hechos y actuación procesal

Los que dieron origen al proceso, y a la decisión recurrida, los resume así la sentencia:

"El 20 de mayo de 1976, a eso de las dos de la madrugada, cuando el celador Alfonso Núñez se entregaba al sueño, en el edificio Escolar ... de esta ciudad, fue sorprendido con rudos golpes en la puerta que reclamaban su presencia. Como esta circunstancia era casi usual, se levantó para abrir la puerta, cuando sorpresivamente varios sujetos lo intimidaron con armas de fuego, le vendaron la cara (sic) y lo ataron arrojándolo al suelo bajo la vigilancia de uno de ellos. Los demás, inmediatamente procedieron a violentar las puertas de las oficinas de los Juzgados de Instrucción Criminal ... al igual que las correspondientes a los abogados ... ubicadas en el tercer piso del edificio. Los antisociales se llevaron un valioso botín consistente en equipos de oficina que transportaron en un vehículo automotor dispuesto para ello" (folio 26).

Cumplidos los trámites legales de la investigación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla dictó, en contra de los incriminados, la sentencia de condena de que se hizo mérito, la cual fue revocada por el Tribunal mediante la que es objeto del recurso de casación.

La demanda de casación

Luego de transcribir apartes de la motivación consignada en la sentencia objeto del recurso, expresa el demandante que:

"Considera la Fiscalía que en el presente caso se ha violado la ley sustancial en forma indirecta

por apreciación errónea en los artículos 289, numeral 8º y 431, numeral 2 en concordancia con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal. Nos encontramos frente a un error de derecho ... El enjuiciado infringió la norma que configura el robo. Y el sentenciador —a nuestro juicio— incurrió en error de derecho al apreciar erróneamente las normas anotadas referentes a la Policía Judicial, ya que no les atribuyen el carácter que tienen, de consultar una confesión judicial confirmada por otras pruebas. Se ha violado la ley sustancial en forma indirecta, por lo cual, solicita a la Corte que modifique la sentencia del honorable Tribunal Superior de Barranquilla en el sentido de que el enjuiciado Víctor Manuel Merlano Miranda sí es responsable del delito de robo, tal como lo condenó el juez de la causa".

De lo anterior se concluye, que el censor entiende que se presenta en el caso de autos la hipótesis consagrada en el cuerpo segundo de la causal primera de casación a que se refiere el artículo 580 del Código Procesal Penal, y, específicamente, porque el Tribunal habría incurrido en un error de derecho al apreciar equivocadamente las manifestaciones del incriminado ante los funcionarios de Policía Judicial y a las cuales el demandante atribuye el valor de "confesión judicial", cuyo valor probatorio está consagrado en el artículo 264 del mismo estatuto.

Se considera

En sentencia de septiembre 1º de 1977, que ha sido reiteradamente recordada en diversas decisiones de esta Sala, por su claridad, dijo la Corte, con respecto al error de derecho, que son dos las versiones que se pueden presentar 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;

2. "El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador. En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe mostrarse con fuerza inobjetable".

En el caso presente, la situación resulta en extremo sencilla en sus planteamientos: por una parte, el Tribunal, en la motivación de la sentencia, y al valorar la versión ofrecida por el procesado Víctor Manuel Merlano Miranda ante las autoridades de Policía Judicial, le ha desconocido el valor de *confesión* que le otorgó el juez de instancia para apoyar en ella la sentencia de condena; en primer término, porque entiende que la confesión a que se refiere el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal no puede equivaler jurídicamente a la "versión" recogida por la Policía Judicial a la cual se refiere el numeral 8º del artículo 289 ibídem; y en segundo lugar, porque, expresa la sentencia, "la ley exige un mínimo de requisitos para estas versiones, tal como las de ser *libre y espontánea,* con lo cual significa que estén exentas de violencia física y moral y producto natural de una manifestación del sindicado, sin lo cual no podría hacerse un juicio de valor probatorio sobre las mismas".

De otro lado, el casacionista considera, al contrario, que las "versiones" que recoge la Policía Judicial son verdaderas confesiones que tienen por lo mismo, el valor probatorio que le otorga el artículo 264, y que, además, en el presente caso, pese a lo que sostiene el Tribunal, la "versión" del procesado Merlano no fue producto de la coacción o de la fuerza, sino expresión libre de su voluntad, para lo cual se apoya en el testimonio del apoderado doctor Alejandro Bermúdez Mier, "quien bajo la gravedad del juramento manifestó que su patrocinado no había sido coaccionado, y que él presenció la diligencia y la firmó. Y el procesado confesó espontáneamente su participación y la forma en que habían sucedido los hechos, circunstanciada".

Pese a lo expresado por el Fiscal demandante, en el concepto que rindiera ante el Tribunal para solicitar la confirmación de la sentencia condenatoria con relación al sindicado Merlano, luego de citar estos apartes de la declaración del abogado Bermúdez Mier, también expresó que según versión del abogado, rendida dentro de la misma diligencia "posteriormente aprovechando un momento que quedamos solos él y yo, es decir Merlano Miranda le pregunté cómo había sido capturado y me dijo: 'que lo habían hecho muchos días después de la fecha en que se dice se cometió el ilícito en este edificio, pero que lo *habían maltratado para obligarlo a reconocer un hecho del cual él no era autor*' " (folio 18c, original).

Había resultado, altamente ilustrativo para la Corte, que el Fiscal demandante, hubiera transcrito la totalidad de la versión ofrecida por el apoderado de Merlano porque de esa forma resultaba, como resulta ahora, mucho más simple, comprender si en verdad se está frente a una verdadera *confesión judicial* o en presencia ape-

nas de una manifestación del capturado que no puede considerarse como tal, no solamente por la forma como según el procesado le fue extraída, sino también por las autoridades que la recibieron, inclusive, sin los vicios anotados por el sindicado.

La confesión judicial *que es a la que se refiere el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, y a la cual la misma disposición le otorga el valor probatorio de* presunción legal *cuando no ha sido desvirtuada por otras pruebas, debe reunir para su plena validez varios requisitos que surgen de las expresiones de la misma ley. En primer término, debe ser hecha por un procesado, es decir, por persona que haya sido legalmente vinculada al proceso penal. ¿Y quién tiene la condición de procesado, y en qué momento se adquiere? El artículo 381 ibídem, expresa que deberá recibirse indagatoria "al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito, considere el funcionario autor de la infracción penal o partícipe en ella".*

Entonces, no hay duda de que de conformidad con las dos normas transcritas, quien confiesa, *debe tener la condición de procesado, y tal condición se adquiere, desde el momento en que se rinde indagatoria (artículo 381 del Código de Procedimiento Penal); por tanto será en, o a partir de ese momento procesal en el que habiéndose adquirido la condición o la calidad de* procesado, *cuando puede jurídicamente darse el fenómeno de la confesión judicial, en los demás casos, podrá eventualmente tratarse de la llamada confesión* extrajudicial, *cuyo valor probatorio no está expresamente reconocido por la ley en norma alguna.*

Lo dicho tiene respaldo además, en el hecho de que la ley exige para que se dé la confesión judicial, *que se haga "ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario", es decir, ante autoridades adscritas a la rama jurisdiccional. Por modo que, la manifestación que el sindicado haga ante cualquier autoridad distinta del juez o funcionario de instrucción, no puede tener el valor de* confesión judicial, *y para que pudiera llegar a tener esa calidad y ese valor, sería necesario que la versión dada a personas o autoridades diversas de las judiciales, se repitiera ante estas, con las formalidades que prescribe el artículo 264 para que no falte la garantía de seguridad que solamente ofrecen los actos judiciales.*

Es claro, de otra parte, que respecto a las funciones que la ley atribuye a la Policía Judicial, está entre otras, según el numeral 8º, letra c) del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal la de "recibir ... la versión libre y espontánea que quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas. Esta versión será firmada por el imputado en señal de asentimiento".

Pero la ley, jamás le ha dado el valor de confesión *a esta versión rendida por el imputado ante las autoridades de Policía Judicial, precisamente porque no existen varios tipos, especies o modalidades de confesión judicial, sino exclusivamente a la que prevé el artículo 264 citado. Y, así debe ser, ante todo, porque esa versión no la ofrece* un procesado, *en el significado antes enunciado, y por sobre todo, no la hace ante el juez o funcionario de instrucción. La ley reconoce a tales versiones apenas el valor de simple testimonio (artículo 306 ibídem) y siempre que se cumplan con el lleno de los requisitos a que se refiere el artículo 303, relativo al juramento y a la total identificación del grado, categoría, etc. de quienes tales informes rinden, porque, además, y como lo manda el artículo 307 los miembros de la Policía Judicial pueden asumir el carácter de testigos dentro del proceso penal. De donde fácilmente se comprende, que si los informes de los miembros de la Policía Judicial tienen el valor de simples testimonios, su significación probatoria no es ajena a la que la ley da a los testigos (artículo 236) que no es otro que la apreciación razonable del juez, ya que en el sistema del Código no se acogió el del régimen de la valoración legal prefijado, sino el ético normativo.*

Sin embargo de lo dicho, debe considerarse que con relación a las atribuciones que la ley confiere a los miembros de la Policía Judicial (artículo 289 del Código de Procedimiento Penal) y que se manifiesta o se concretan en los informes que rinden a las autoridades judiciales, una cosa es el valor que tales informes tengan respecto del funcionario que los suscribe en relación con el cual, por proceder de funcionario público, en ejercicio de sus funciones, debe tener el valor de plena prueba (artículo 261 del Código de Procedimiento Penal), pero respecto a los hechos consignados en los mismos informes y relativos, por ejemplo, a la versión ofrecida por el sindicado, no se les puede atribuir el valor de plena prueba, sino que ellos están sometidos a la valoración que haga el juez, como si se

tratara de testimonios (artículo 306 ibídem). Es lo que ocurre, mutatis mutandi *con el valor probatorio del acta de inspección judicial, con respecto a los puntos materia de pericia (artículo 228 del Código de Procedimiento Penal).*

En relación con los informes de la Policía Judicial que "es un cuerpo auxiliar de la Rama Jurisdiccional del Poder Público" (artículo 282 del Código de Procedimiento Penal) no se puede negar que una determinada formalidad se haya cumplido, que una declaración se haya recepcionado, que se haya recogido la versión del imputado, etc., en los modos y en los términos indicados en el respectivo informe. Por este aspecto la única impugnación que sería posible, es la relativa a la falsedad. Sin embargo, el contenido mismo de tales informes o relaciones, no puede tener el mismo valor. Es decir, que no es dable confundir la prueba del hecho, *por ejemplo, la prueba de que el imputado dio una determinada versión sobre su participación, o la de otro en el delito, con la* prueba de los hechos recogidos en tal versión. *Los hechos vertidos por el imputado en el informe de Policía Judicial, por tanto, no pueden tener, no tienen el valor de* confesión judicial *por lo que, se repite, ellos están sometidos al libre examen que el juez haga de acuerdo con las reglas de la crítica del testimonio.*

Dicho lo anterior, es de evidencia que en el caso que se examina no se da la hipótesis de un error de derecho como lo afirma el Fiscal recurrente por cuanto el Tribunal al examinar los informes de la Policía Judicial, con relación a la versión ofrecida por el procesado Merlano, los encontró, de acuerdo con la sana crítica a que fueron sometidos, carentes de valor necesario como para que sobre ellos se pudiera apoyar una sentencia de condena, y esa la razón fundamental para que la decisión hubiera sido la de revocar la sentencia para en su lugar absolver a los procesados.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Carlos Upegui Zapata (Conjuez), *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD POR ERRADA ELABORACION DE LOS CUESTIONARIOS DEL JUZGADO AL JURADO DE CONCIENCIA (ARTICULO 533 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL)

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 92 de 5 de diciembre de 1978.

Bogotá, D. E., diciembre 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación formulado en contra de la sentencia de 30 de mayo de 1977, originaria del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual se modificó la que en primera instancia había emitido el Juzgado Primero Superior de esa misma ciudad el día 28 de octubre anterior para condenar al procesado Juan Angulo Tinoco, como autor responsable de los delitos agravados de homicidio y robo por los cuales fue llamado a responder en juicio ante jurado, a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal y, en forma genérica, al pago de perjuicios.

1. *Los hechos que dieron origen al proceso:*

El día 16 de agosto de 1974 fue encontrado un cadáver sin cabeza y sin manos por los lados de un balneario denominado "Puerto Mocho", en Barranquilla. A unos cien metros más allá se halló la cabeza. Las cejas y el cabello de la víctima habían sido rasurados cuidadosamente en lo que se ha considerado como un intento por hacerle irreconocible al menos a primera vista. Según la autopsia se comprobó que la muerte se debió a los destrozos orgánicos producidos por un proyectil de arma de fuego que penetró por el tercio superior de la región occipital izquierda y quedó retenido en el tercio interno de la región petrosa del temporal derecho, en línea recta y ligeramente descendente en relación con el orificio de entrada. Más tarde se comprobó que se trataba de Milton Sarmiento Reyes, comerciante en joyas.

Juan Angulo Tinoco resultó comprometido en la investigación subsiguiente. Se supo, entre otras cosas, que había sido visto por la mañana y por la tarde del día 13 de agosto en compañía de Sarmiento Reyes en el consultorio del odontólogo Max Grogl Schiefer. El día 1º de septiembre Angulo Tinoco fue capturado en el aeropuerto cuando se disponía a viajar al exterior y en posesión de joyas que fueron avaluadas en $ 902.000.00. En los paquetes correspondientes se encontraron escritos que, como más tarde se estableció, pertenecían a Sarmiento Reyes y al propio Angulo Tinoco. Las joyas pertenecían a Rafael Ordóñez Amaya o a David Amaya y este último las había entregado a Sarmiento Reyes. Angulo Tinoco fue llamado a responder en juicio por homicidio agravado y por robo agravado y soporta sentencia de condena.

2. *La actuación procesal subsiguiente:*

Iniciada la investigación y practicadas las pruebas de rigor en estos casos, se indagó a Juan Angulo Tinoco y se le detuvo por auto de 10 de septiembre de 1974 del Juzgado Primero de Instrucción Criminal. Cerrada la investigación el Juzgado Primero Superior de Barranquilla, en providencia de 14 de abril de 1975, le llamó a responder en juicio por los delitos de homicidio agravado (numeral 3º del artículo 363 del Código Penal) y robo agravado (artículo 402 en armonía con el 403 y el 399 del Código Penal por cuantía superior a $ 10.000.00) en Milton Sarmiento Reyes. En esa misma providencia fueron sobreseídos temporalmente: San-

tiago León Pontón Sierra, Justiniano Hio Chávez, José Manuel Sevillano López, Max Grogl Schisfer y Luis Arturo Falla Andrade. La segunda instancia se abrió por apelación del auto de proceder que fue confirmado en su totalidad mediante providencia de 13 de agosto del mismo año.

La audiencia pública con intervención de jurado empezó el 22 de abril y terminó el 5 de mayo de 1976. El cuestionario para un delito de homicidio cometido para "preparar, facilitar o consumar" un delito de "robo", fue contestado así: "No está establecido que Juan Angulo Tinoco sea el autor directo del homicidio de Milton Sarmiento Reyes, pero tenía conocimiento de tal homicidio y lo ocultó para consumar el delito de robo de las joyas que le fueron encontradas". El cuestionario para "la comisión del delito de robo de las joyas que portaba Milton Sarmiento Reyes para su venta", fue contestado así: "Sí es responsable del delito de robo". En uno y otro cuestionarios se incluyó la frase "todo de conformidad con el auto de proceder". Por auto de 25 de mayo de 1976 el juez de la causa afirmó que el veredicto para el cuestionario por homicidio ni afirmaba ni negaba la responsabilidad y, por tanto, era inexistente y que el cuestionario para el delito de robo no se adecuaba al precepto del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal y resultaba nulo (artículo 26 de la Constitución Nacional). Esta providencia fue apelada y el Tribunal Superior de Barranquilla la revocó al considerar bien facturado el cuestionario por robo y clara la contestación del jurado, y perfectamente interpretable el veredicto correspondiente al cuestionario por homicidio. En consecuencia, se ordenó la devolución del proceso a la primera instancia para que se emitiera la correspondiente sentencia.

La sentencia de primera instancia se dictó el 28 de octubre de 1976 y en ella se condenó a Juan Angulo Tinoco como autor intelectual (artículo 19 del Código Penal) del homicidio agravado y autor del delito de robo agravado por la cuantía, a la pena principal de 19 años de presidio. En la segunda instancia se modificó dicha sentencia al considerar al procesado como "copartícipe no necesario con respecto del homicidio agravado" (artículo 20 del Código Penal) y autor del delito de robo agravado por la cuantía. En la sentencia de 30 de septiembre de 1977, que es la providencia impugnada, se le fija una pena total de diez (10) años y seis (6) meses de presidio. Se hace expresa mención, por lo que se refiere al homicidio, al numeral 3º del artículo 363 del Código Penal, en concordancia con el 20 de la misma obra, y por lo que se relaciona con el robo al artículo 8º de la Ley 21 de 1973 que modificó el artículo 402 y a los artículos 403 y 399 del mismo Código. Uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión salvó su voto por duda.

3. *La demanda de casación y las causales que invoca:*

El primer cargo lo fundamenta el censor en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y lo refiere solamente al homicidio. Este cargo tiene dos aspectos.

Por el primero, dice el censor que "el fallo recurrido está en franco desacuerdo con el veredicto del jurado". Este veredicto lo divide en dos partes. La primera que dice: "No está establecido que Juan Angulo Tinoco sea el autor directo del homicidio", la considera claramente absolutoria. La segunda que dice: "Pero tenía conocimiento de tal homicidio y lo ocultó para consumar el delito de robo", afirma que no reconstituye la autoría del homicidio que niega la primera parte, ni permite calificar al procesado como cómplice, pues se trata del simple desconocimiento del deber de denunciar previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que no puede hablarse de complicidad secundaria o accesoria porque para que se dé esta hipótesis "no basta estar enterado del hecho punible sino que son indispensables el convenio previo y el cumplimiento ulterior".

Por el segundo aspecto afirma el censor que: "el fallo no guarda consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder" porque en éste, y con innegable confusión de tres conductas distintas, se preguntó al jurado por un homicidio cometido para "preparar, facilitar o consumar" el robo, con lo cual se da a entender "que el homicidio se cometió después del robo", pero el veredicto alteró el orden y, pasándose a una agravante del numeral 4º, "afirmó que la muerte de Sarmiento sobrevino después del robo, precisamente para ocultar el apoderamiento de las alhajas". Existe así, dice, "una antitesis inconciliable" que sólo puede evitarse mediante fallo absolutorio en sede de casación.

El segundo cargo lo apoya en el cuerpo primero de la primera causal del artículo 580 del Código Penal. Afirma así que hubo aplicación indebida de los artículos 20, 33, 362 y 363, nume-

ral 3º del Código Penal, "porque el fallo recurrido apeló a tales normas tratando de regular contingencias previstas en ellas pero inexistentes dentro del proceso". Todo se debe, agrega, a la incorrecta apreciación del veredicto que no es de condena sino de absolución. Con base en esa mala interpretación no existen ni la complicidad ni el concurso material de infracciones deducidos, ni el homicidio y menos su agravación.

En el tercero de los cargos y con base en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal plantea la nulidad del veredicto correspondiente al cuestionario por robo sobre la base de una equivocada elaboración de dicho cuestionario con desconocimiento de lo previsto en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal para estos casos, y que prohíbe dar al hecho por el que se pregunta su denominación jurídica. Además, no se inquirió acerca de si la muerte ocurrió antes del apoderamiento de las joyas como se dice en el auto de proceder, ni por ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 404 del Código Penal, etc. Cita en su apoyo una sentencia de casación de 10 de diciembre de 1976 que considera aplicable al caso de autos.

Termina por solicitar en primer término, una absolución por el cargo de homicidio y el decreto de nulidad por violación de las formas propias del juicio en cuanto al cuestionario por robo.

4. *La contestación del Ministerio Público:*

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Sala rechazar el recurso de casación y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Examina el cargo de nulidad en primer término y llega a la conclusión de que la defectuosa redacción del cuestionario no implica nulidad porque existe en él una "expresa y concreta referencia al auto de proceder" y la jurisprudencia citada por el demandante no se ajusta al caso aquí examinado porque en la ocasión para la cual se dictó se trataba de la omisión consistente en no preguntar al jurado por el elemento intencional de la infracción y esa omisión no existe aquí por la remisión que se hace en el cuestionario al auto de proceder.

En cuanto a los demás cargos niega razón al demandante y se manifiesta de acuerdo con lo dicho por el juzgador de segunda instancia al cual transcribe.

5. *Las consideraciones de la Sala:*

Se examina, en primer término, el cargo de nulidad que aparece en la última parte de la demanda porque de prosperar exime a la Sala del examen de los otros dos. Dicho cargo se refiere a la elaboración de los cuestionarios para el jurado.

Los defectos de dichas piezas son innegables hasta el punto de que su propio autor, el Juez Primero Superior de Barranquilla, lo reconoció en su tiempo. Desafortunadamente el auto en virtud del cual lo anuló fue revocado por el Tribunal Superior con la consideración de que todo vicio en su formulación quedaba subsanado por la expresa remisión que en él se hace al auto de proceder. De este mismo parecer participa el Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando conceptúa por el rechazo del cargo que en este orden de cosas formula el demandante.

La Sala no prohija ese criterio porque resulta errado si se tiene en cuenta que las palabras que el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal coloca entre paréntesis: "(aquí 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)", constituyen apenas una guía, pauta o patrón para que aquel a quien corresponde efectuar la redacción del cuestionario cumpla dicha tarea con adecuación a la ley. Quiere decir lo anterior que las palabras "conforme al auto de proceder" no fueron colocadas allí para que se reprodujeran al momento de expedirlo, sino para indicar al juzgador de derecho que debía elaborarlo de conformidad con las circunstancias del hecho o hechos materia de la causa puntualizados en el auto de calificación. El fragmento de jurisprudencia que cita el censor y que para el Ministerio Público no viene al caso, pone su énfasis precisamente en la consideración de que las deficiencias del cuestionario, su desajuste con el auto de llamamiento a juicio y la falta de técnica en su facturación no se curan ni disimulan de esa manera, al expresar que: "La remisión que para demostrarlo hizo (el juez, se agrega) al auto de proceder, no convalida su ineficacia en orden a la obtención de un veredicto en el que la respuesta del jurado, clara en sí misma contenga en sus términos la absolución de todos y cada uno de los extremos de un cuestionario bien confeccionado en el que se pregunte por la modalidad de los hechos, su autoría y responsabilidad" (casación de 10 de diciembre de 1976). En consecuencia, no es argumento pa-

ra sostener la bondad de un cuestionario la inclusión en su texto de las palabras "conforme al auto de proceder", ni otras equivalentes.

En el presente caso el juez al preguntar al jurado si el procesado era responsable de la comisión "del delito de robo", utilizó la expresión jurídica con que se denomina a esta infracción en el Capítulo II, Título XVI; Libro 2º del Código Penal, y ello está prohibido por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal. También la jurisprudencia, desde hace bastante tiempo ha dicho que "no es permitido interrogar sobre el delito mismo, porque entonces se desnaturalizaría la función del Tribunal del pueblo" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, página 254, 1955). Se trataba, en aquella ocasión, de un cuestionario en donde se preguntó si los procesados eran responsables "del delito de homicidio" y se consideró que tal pregunta pugnaba con la regla del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 que equivale al artículo 533 de la legislación en vigencia y, por tanto, el juicio no se había realizado con las formalidades que le son propias para desembocar así en la nulidad con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No tenía el juzgador de derecho por qué preguntar sobre circunstancias previstas en el artículo 404 del Código Penal, como lo dice el demandante, por la simple razón de que su llamamiento a juicio por el delito contra la propiedad no se ubicó en dicha disposición sino en la del artículo 402 (8º de la Ley 21 de 1973) en concordancia con el artículo 403 del Código Penal que permite aplicar a los casos de robo la agravante que para el hurto trae el artículo 399 de la misma obra. Pero sí debió preguntar expresamente por dicha cuantía (superior a $ 10.000.00) porque ella daba la agravante y venía a constituir base para la deducción de una posible pena mayor. Tampoco se preguntó por la intención (elemento subjetivo), ni por los medios violentos que son de la esencia de tal delito, ni por ningún otro factor o circunstancia del hecho.

Por ninguna parte se ve, entonces, que se cumpliera con lo preceptuado en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal que regla la elaboración del cuestionario. La sanción para tales defectos es la declaratoria de nulidad con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional como lo ha dicho y repetido la jurisprudencia en casos semejantes al que aquí se contempla, y la vía para lograrlo, en sede de casación, la utilización de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, como lo hizo el censor.

Resulta, además de lo dicho, que en el cuestionario por el delito de homicidio con caracteres de agravación, se incluyó también la expresión "todo de conformidad con el auto de proceder" que, como ya se dijo, no es de recibo dentro de un correcto procedimiento; y, lo que es peor, la de "preparar, facilitar o consumar un delito de robo". Preparar, facilitar y consumar son conductas distintas como la jurisprudencia ha puntualizado, según recuerdo que de ella hace el censor. En el caso de autos parece ser que las tres se cargan al procesado, indiscriminadamente, y, en sana lógica ello no puede ser así. Pero resulta más grave el preguntar, en este primer cuestionario, por "un delito de robo", con la misma falta de técnica que se indicó al examinar el cuestionario correspondiente a ese delito. Las cosas se complican aun más si se tiene en cuenta que el homicidio se cometió para lograr el apoderamiento de bienes que poseía el occiso y de allí la razón de ser de su agravación, según el auto de proceder. En consecuencia, homicidio y robo están tan estrechamente ligados en este proceso, que de existir el primero, en criterio del calificador, existe el segundo, y viceversa. Tampoco en este punto resulta afortunado el cuestionario correspondiente al homicidio, pues de esta manera revela los mismos defectos que acompañan al cuestionario por robo.

En las circunstancias dichas en el párrafo anterior se hace preciso aceptar que la nulidad alegada impregna, por estricta lógica, al cuestionario por homicidio que, con base en los mismos razonamientos expuestos, también debe caer. El cargo prospera y la Sala queda relevada, en consecuencia, de examinar los demás que el censor propone.

Al prosperar esta causal de casación y cubrir la totalidad de los cuestionarios planteados al jurado, se anulará la actuación cumplida en la audiencia pública con apoyo en el numeral 4º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal y se ordenará la práctica de una nueva diligencia con sorteo de nuevos jurados y elaboración de nuevos cuestionarios que se adecúen a la regla que trae el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada para declarar la nulidad de toda la actuación cumplida en este proceso seguido a Juan Angulo Tinoco, por los delitos agravados de homicidio y robo, a partir de la audiencia pública con intervención de jurado que en él se realizó y ordenar que se subsanen los defectos señalados en esta providencia, mediante la realización de nueva audiencia, con nuevo jurado y cuestionarios debidamente redactados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Horacio Gómez Aristizábal (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Para que esta infracción se cometa, es necesario que la promesa de fidelidad a la ley se quebrante, no de cualquier manera (como en el delito de colusión) sino en la oportunidad y en la forma expresa y taxativamente señalada en el Código Penal

COHECHO

Está integrado por los siguientes elementos: 1º. Que el sujeto activo será funcionario público; 2º. Que reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o cualquier otra dádiva o promesas remuneratorias, y 3º. Que la dádiva o promesa sea con el fin de hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Aprobado: Acta número 91.

Bogotá, D. E., diciembre 7 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Vistos

Cumplida la tramitación legal correspondiente, pasa la Corte a dictar sentencia en el proceso adelantado contra el doctor Guillermo Angulo González, ex Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, en relación con los cargos de ser autor responsable penalmente de los delitos de cohecho y prevaricato que le fueron imputados en el auto de proceder proferido por la Sala de Casación Penal el día 17 de agosto del año próximo pasado.

Resultando:

Los hechos fundamentales materia del proceso son los siguientes, ampliamente expuestos en el auto de proceder, que en lo sustancial se enumeran, respetando, en lo posible, su orden cronológico:

a) Hechos ocurridos en 1974:

1. Con base en informe rendido por el señor Alfonso Romero Quintero, Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Dirección General de Aduanas, el Juzgado Superior del ramo en Barranquilla, por auto de 12 de diciembre, dispuso abrir investigación respecto de una posible exportación ilícita de azúcar amparada con los Registros números 060 y 070, aprobados en la ciudad de Armenia, el primero de los cuales había sido elaborado a nombre de Samuel Antequera González, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía número 7403834 que no había sido expedida a su nombre, sino al señor Miguel de los Santos Camargo Amador y el segundo había sido previamente aprobado a favor de Mauricio Ledher y Compañía Limitada para exportar pañuelos de algodón con destino a la República de Panamá.

2. El 16 del mismo mes el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla practicó inspección judicial a las bodegas del almacén de depósito de Almacenar de la misma ciudad, donde se encontraba el cargamento de azúcar que se pretendía exportar, diligencia dentro de la cual el administrador manifestó que esa mercancía se encontraba en el lugar por cuenta del señor

Jony Crump, quien así lo admitió en declaración rendida ante el juzgado tres días más tarde, explicando que Samuel Antequera González, quien aparecía en el registro de exportación, era su empleado y le había cedido los derechos provenientes del registro.

3. El 20 el juzgado, por auto de esa fecha, dispuso entregar el azúcar depositada en las bodegas de Almacenar al señor Juan Crump Pérez, "a fin de que se continúe adelantando la tramitación de exportación" y el 28, mediante Oficio número 681 de esa fecha, ordenó al Administrador de la Aduana el cumplimiento de la orden de entrega de la mercancía al propietario.

b) En el año de 1975:

1. El 9 de enero el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incomex) dictó la Resolución número 13 de esa fecha, por medio de la cual declaró sin validez alguna los registros de exportación números 060 y 070, en los que había pretendido ampararse la exportación de azúcar y dispuso comunicar la resolución respectiva a la Dirección General de Aduanas "con el objeto de que se tomen las medidas tendientes a impedir la utilización de los documentos antes citados en razón de su ninguna validez legal".

2. El 15 de enero el Juzgado Superior ordenó pedir al Noveno de Instrucción Criminal de Barranquilla, copias fotostáticas de varias diligencias que figuraban en el proceso que adelantaba éste "por el presunto delito de robo de azúcar, en cuantía de 5.000 toneladas, en el cual está implicado igualmente el señor Johny Crump Pérez", a causa de considerar que tales hechos estaban relacionados con la investigación del contrabando.

3. El 4 de febrero el juzgado reclamó al Noveno de Instrucción Criminal de Barranquilla la investigación correspondiente y al Once de Instrucción Criminal de Armenia la investigación que éste, a su turno, adelantaba por los delitos de falsedad en documentos y cohecho que se decían cometidos con ocasión de la expedición del Registro de exportación número 070, en el que se había proferido auto de detención contra Eduardo Antonio Páez Velásquez, Samuel Antequera González, Avelino Devia Galvis, Duván Quimba Ballén y Pedro González Llinás, procesos ambos que a la postre fueron acumulados, por tratarse de hechos conexos, al adelantado por el Juzgado Superior.

4. El 3 de junio el juzgado ordenó enviar el proceso al Fiscal para que emitiera concepto sobre su mérito, lo que hizo éste en la Vista número 125 de 23 del mismo mes solicitando que los procesados fueran sobreseídos definitivamente "de todos los cargos que les aparezcan dentro del presente diligenciamiento", como fueron, en efecto, definitivamente sobreseídos por auto de 29 del mes siguiente, en el que, además, se dispuso la libertad de quienes entonces se hallaban detenidos y se autorizó al señor Juan Crump Pérez para que prosiguiera la exportación del azúcar de su propiedad.

5. Mientras estos hechos se desarrollaban en Barranquilla, el abogado Joaquín Bernal Arévalo, actuando como apoderado especial de Samuel Antequera González y de Juan Crump Pérez, presentaba el 6 de agosto, ante el Consejo de Estado, demanda para que, previos los trámites del juicio ordinario correspondiente, se declarara la nulidad de las Resoluciones números 013 de 9 de enero de 1975 y número 0210 de 17 de marzo del mismo año, la primera de las cuales había declarado sin validez el Registro de exportación número 070 y la segunda negado la reposición de aquélla; se autorizara la continuación de la exportación del azúcar y se condenara a Incomex al pago de "la cantidad correspondiente a los perjuicios ocasionados" a los señores Antequera y Crump.

6. Mediante Oficio número 613 de 20 de agosto el Juzgado Superior de Barranquilla envió al Tribunal Superior de Aduanas el proceso por contrabando, cohecho, falsedad y robo para que se surtiera la consulta del sobreseimiento definitivo, que fue recibido en esa Corporación el 29, radicado el 8 de septiembre siguiente y repartido en la misma fecha al Magistrado doctor Guillermo Angulo González, a cuyo despacho entró para trámite cuatro días más tarde.

7. El 30 del mismo mes la Fiscal Segunda del Tribunal, doctora Rosalba Castro de Sotelo, rindió concepto sobre la providencia consultada en el que solicitaba a la Corporación que revocara el sobreseimiento definitivo proferido a favor de los procesados, declarara nulo el auto, mediante el cual el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla había dispuesto la entrega del azúcar, ordenara vincular a ella como sindicado del delito de contrabando por aduanas a Juan Crum Pérez, y dispusiera abrir investigación penal contra el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, por prevaricato.

8. El 10 de octubre, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección

Primera, admitió la demanda presentada por el doctor José Joaquín Bernal Arévalo, a quien se reconoció el carácter de apoderado de los señores Samuel Antequera González y Juan Crump Pérez.

9. El 13 del mismo mes el negocio por contrabando pasó al despacho del Magistrado Angulo González, junto con los alegatos presentados, para que éste elaborara el proyecto de decisión que debía someter a la consideración del Tribunal.

10. El 22 fue recluida en la Clínica Marly de la ciudad la señora Graciela Jiménez de Angulo, cónyuge del Magistrado, donde estuvo hospitalizada hasta el 1º del mes siguiente en que fue dada de alta luego de haber sido sometida a una craneotomía que le practicó el doctor Juan Trujillo Mejía.

11. Mientras la señora del Magistrado Angulo se hallaba hospitalizada, éste fue invitado a almorzar por el doctor Bernal Arévalo, ocasión que aprovechó aquél para comentar al apoderado de Antequera González y de Crump Pérez, "la grave situación porque estaba atravesando moralmente", ya que su señora, también amiga del abogado, padecía de un tumor cerebral que podía resultar maligno, revelación que se hizo más patética cuando el Magistrado le comunicó que sus problemas se habían agudizado por la falta de un vehículo apropiado que le permitiera atender a su oficina, a sus cátedras, a su hogar y a su propia señora en la clínica donde estaba recluida, lo que conmovió al abogado y le indujo a ofrecer en préstamo al funcionario, por término indefinido, un vehículo para su uso personal, que éste aceptó, que el abogado hizo traer de inmediato con su chofer al sitio del almuerzo y en el cual, luego de despedirse de su amigo, el Magistrado se alejó del lugar.

12. Una vez la señora de Angulo hubo regresado al hogar fue visitada por la doctora Rosalba Castro de Sotelo, Fiscal Segunda del Tribunal de Aduanas, ocasión en la que ésta tuvo oportunidad de enterarse, por conversación que surgió entre familiares y allegados de la familia Angulo Jiménez, que el Magistrado había estado recibiendo atenciones del señor Crump Pérez durante los días de la enfermedad de su cónyuge "y que entre tales atenciones estaba el préstamo de un automóvil que éste le había hecho al doctor Angulo para que concurriera a una invitación al Hotel Tequendama, en compañía de la Magistrada doctora Betty Flórez Castañeda (también por), invitación formulada (a ésta) por el mismo Crump".

La Fiscal Castro de Sotelo se apresuró a poner en conocimiento del Magistrado Angulo las informaciones que había recibido en el propio hogar de éste, suponiendo "que quizá por la circunstancia de la enfermedad de su señora y por el estado de ánimo en que se encontraba el doctor Angulo había aceptado tales atenciones sin haber conocido a fondo el expediente y por consiguiente desconocer la sindicación contra Crump", manifestaciones ante las cuales reaccionó airadamente el Magistrado, quien lejos de reconocer su gravedad y de agradecer a la Fiscal su amigable confidencia, le dijo enfurecidamente "que a él nadie le prohibía tener amistades y recibir invitaciones y que como el carro se lo había prestado un amigo que él no tenía por qué saber que era de Crump".

13. El 18 de noviembre el Magistrado Angulo dirigió un escrito a los restantes componentes del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual declaró hallarse "moralmente" impedido para continuar conociendo del proceso, fundamentalmente, porque se le estaba "haciendo aparecer como vinculado por estrecha amistad al señor Juan Crump Pérez, persona no procesada, pero sobre la cual solicita la Fiscalía Segunda de la Corporación ordenamiento de recepción de indagatoria", manifestación que por apoyarse en un motivo no previsto legalmente como causal de recusación, fue obviamente declarada infundada por el Tribunal en providencia de 25 de noviembre y más tarde por la propia Corte.

14. El 30 de diciembre, José Alvaro Martínez Pedroza solicitó a la Procuraduría General de la Nación investigar los hechos contenidos en una información aparecida en el diario "El Tiempo", en la cual se hacían al Magistrado Angulo los cargos consistentes en recibir atenciones de Juan Crump Pérez y en aceptar un vehículo ofrecido por éste.

c) En el año de 1976:

1. El 19 de enero el abogado José Joaquín Bernal Arévalo amplió su demanda ante el Consejo de Estado y reiteró su solicitud, negada anteriormente, en el sentido de que una vez dictado el auto admisorio de la demanda, notificada ésta y antes de la fijación en lista, "se (suspendiera) el curso de este juicio, hasta tanto se profiriera la providencia de segunda instancia por parte del Tribunal Superior de Aduanas, la cual agregaré oportunamente al negocio, para que continúe su curso", solicitud que el demandante fundamentó "en razón de que el fallo definitivo del Tribunal de Aduanas tiene incidencia no sólo en

el aspecto de fondo, sino en el procedimiento mismo''.

2. La auxiliar del Magistrado doctor Angulo González registró en la Secretaría del Tribunal proyecto de fallo, elaborado por éste, que concluía confirmando el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla a favor de todos los procesados, en relación con todos los delitos investigados y, desde luego, no existiendo delito alguno, disponiendo igualmente la devolución de la mercancía a Crump Pérez, su propietario.

3. El 8 de abril, con ponencia del Magistrado Angulo, el Tribunal Superior de Aduanas, fundándose en que faltaba el avalúo del cargamento de azúcar que se había intentado exportar al amparo de la Licencia de exportación número 70 de 15 de noviembre de 1974, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó darle traslado al Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla para concepto de fondo.

4. Practicado el avalúo del azúcar, el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, previo concepto favorable del Fiscal, sobreseyó definitivamente, por segunda vez, a favor de Eduardo Antonio Páez Velásquez, Víctor Samuel Antequera González, Pedro González Llinás, Avelino Devia Galvis y Dublán Quimbay Ballén por inexistencia de los delitos de falsedad en documentos, cohecho, robo y contrabando, fundándose la providencia en el aserto de que la Resolución número 70 de 15 de noviembre de 1974, firmada por el sindicado Eduardo Antonio Páez Velásquez como Director de la Oficina Seccional de Incomex en Armenia, era ''legalmente válida'' y no, como lo había resuelto el Director General del Incomex mediante Resolución número 13 de 9 de enero de 1975, ''carente de toda validez legal, por no haber sido otorgada nunca por el Instituto de Comercio Exterior''.

5. Al tramitar la consulta del nuevo sobreseimiento definitivo, el Tribunal Superior de Aduanas, también con ponencia del Magistrado Angulo González, profirió su auto de 8 de noviembre por medio del cual revocó el consultado, en lugar del cual dispuso continuar la investigación para la práctica de las diligencias enumeradas en la parte motiva y decretó la nulidad del incidente de entrega del azúcar a Juan Crump Pérez, desestimando de ese modo la solicitud de la Fiscal Segunda en el sentido de que se llamara a juicio a los procesados y su petición reiterada de que se vinculara al proceso al señor Juan Crump Pérez como sindicado del delito de contrabando, diligencia esta última que el Tribunal no dispuso y fue una de las razones por las cuales la Magistrada Margarita Hernández Orjuela salvó su voto, ya que ''anunciado procesalmente que el señor Juan Crump, es el dueño del producto materia de investigación y es el cesionario del registro de exportación, débesele vincular al proceso'' y llevó también a la Fiscal Segunda a interponer recurso de reposición, porque, ''además de los argumentos claros de la honorable Magistrada (Hernández Orjuela), es conveniente que el honorable Tribunal tenga en cuenta que el señor Crump ha confesado ser el dueño de la mercancía y por lo tanto resulta injustificable que no se le vincule al proceso cuando sí se están vinculando a las personas que han actuado a nombre suyo'', recurso que fue negado por el Tribunal en providencia de 29 de noviembre, en la que salvó nuevamente su voto la Magistrada Hernández, insistiendo en que la Corporación ''ha debido ordenar la vinculación procesal señor Crump''.

6. El 11 de febrero la Corte, con base en denuncia del abogado Alvaro Vergel de la Ossa, inició este proceso por cohecho y prevaricato contra el Magistrado Angulo González y el 17 del mismo mes el Consejo de Estado admitió la renuncia hecha por el doctor José Joaquín Bernal Arévalo del poder que le había sido conferido por Antequera González y Crump Pérez.

7. Como resultado de la investigación adelantada por los hechos anteriores, quedó establecido que el vehículo que el abogado Bernal Arévalo había entregado al Magistrado por término indefinido era un automóvil sin uso y por tanto sin placas, de propiedad de la firma ''A.B.C. Automotriz'', uno de cuyos socios era el señor Juan Bustamante Steer, cuñado de Juan Crump Pérez; que el Magistrado, para la fecha en que recibió el vehículo, era propietario de otro y tenía a su servicio, además, uno oficial como Presidente que era, a la sazón, del Tribunal Superior de Aduanas y que el doctor Angulo González era, de otra parte, el único miembro de la familia que, durante la hospitalización de su cónyuge, podía conducir vehículos automotores.

Considerando

La síntesis de los cargos formulados al Magistrado Guillermo Angulo González en el auto de proceder proferido en su contra, se comprende en los siguientes apartes de esa providencia:

"... Dos son las infracciones que se le pueden imputar al procesado:

"... *Cohecho.*

"... A folios 208, 210 y 289 aparecen las constancias de que el doctor Guillermo Angulo González fue elegido por la Corte Suprema de Justicia, en su sesión del 20 de junio de 1974, para desempeñar el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, nombramiento que le fue confirmado en la sesión del 18 de julio siguiente; que tomó posesión el primero de agosto de 1974; y que durante la época en que ocurrieron los hechos investigados, estaba desempeñando la Magistratura, y aún continúa ejerciéndola ...".

"... *La dádiva* que el Magistrado acusado recibió del abogado José Joaquín Bernal Arévalo, consistente en el préstamo de un automóvil Simca, de propiedad de firma dirigida por un cuñado de Juan Crump, es extremo procesal plenamente establecido con la confesión del procesado y con la declaración del abogado litigante ...".

"... Que esa dádiva tuvo la finalidad de que el Magistrado redactara ponencias de autos violatorios de la ley, se comprueba con el hecho de que en las dos oportunidades en que el Tribunal Superior de Aduanas revisó, por la vía de la consulta, los dos sobreseimientos definitivos dictados por el Juez Superior de Barranquilla, en favor de todos los responsables de los delitos de falsedad en documentos públicos, cohecho y contrabando, el procesado actuó contrariando sus deberes oficiales como administrador de justicia, tal como ha quedado explicado ...".

"... El artículo 161 del Código Penal describe la conducta desplegada por el Magistrado acusado ...".

"... *Prevaricato.*

"... El no haber redactado ponencia para proferir auto de llamamiento a juicio, por los delitos de contrabando, cohecho y falsedad en documento público, sino para que se reabriera la investigación, constituye un prevaricato imputable al Magistrado ponente, y muy presumiblemente al resto de los integrantes del Tribunal Superior de Aduanas. Es conducta reiterada, porque en dos ocasiones se asumió semejante comportamiento. Estando reunidos los elementos probatorios del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal de los autores del contrabando y demás delitos conexos, al haber reabierto el sumario para investigar lo que ya está superabundantemente establecido, encarna el más claro de los prevaricatos, que el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 describe ..." (folios 379 a 381, cuaderno original número 1).

1. *El delito de prevaricato:*

La imputación al Magistrado Angulo se apoyó en la consideración de que éste, a sabiendas de que el cuerpo de los delitos de contrabando, cohecho, robo y falsedad en documentos estaba "superabundantemente establecido", lo que le obligaba a redactar ponencia fundamentando el llamamiento a juicio de los procesados, presentó no obstante, proyecto inicial, no compartido por la Corporación, como conclusión del cual confirmaba el sobreseimiento definitivo consultado y luego reiteradamente, ponencias compartidas por el Tribunal, la primera en el sentido de declarar la nulidad de la calificación del sumario por falta del avalúo de la mercancía considerada de contrabando y la segunda en el sentido de disponer la práctica de varias pruebas y diligencias innecesarias, decisiones que la Corte estimó fruto de prevaricación en la consideración de que la falta en el expediente de la diligencia de avalúo del azúcar no constituía "propiamente una causa de nulidad, como lo cree el procesado, sino deficiencia probatoria que conduce al sobreseimiento temporal para reabrir la investigación, con la finalidad de recoger las pruebas ausentes del sumario" y de otra parte, porque "si para redondear la prueba sobre el cuerpo del delito del contrabando estaba faltando su avalúo, tal circunstancia no tenía incidencia alguna en la falsificación de la licencia de exportación número 70 de 15 de noviembre de 1974 que, mediante cohecho, confeccionó Eduardo Antonio Páez Velásquez, Jefe de la Oficina Seccional del Incomex en Armenia, en favor de Samuel Antequera González, empleado de Juan Crump Pérez, y quien actuaba en nombre de su patrón", luego, "al no haber calificado con auto de proceder el sumario, en cuanto se refiere a los delitos de falsedad en documento y cohecho, se estaría (igualmente) en presencia de prevaricato".

a) Debe la Corte, en primer término, marginar del análisis de las pruebas referentes al delito de prevaricato todo lo referente al proyecto inicial elaborado por el Magistrado Angulo González, porque a causa de no haber sido aprobado y de haber sido retirado por el ponente, ese escrito no produjo decisión alguna, ni pasó de ser, en tales condiciones, nada diferente a un simple criterio, juicio u opinión personales del funcionario que éste, visto el concepto mayoritario de sus compañeros de Sala, ni siquiera insistió en

sostener, salvando su voto, sino que abandonó, por el contrario, para acoger los argumentos expuestos por los demás.

La estructura del delito de prevaricato exige que la torcida interpretación de la ley se manifieste en una de las decisiones expresamente señaladas en el inciso 1º del artículo 168 del Código Penal, de modo que en el delito sólo puede incurrirse, reunidos los otros presupuestos legales, al proferir el funcionario o quien transitoriamente desempeñe funciones públicas, "dictamen, resolución, auto o sentencia", lo que quiere decir que las simples opiniones o juicios sin fuerza decisoria, contenidos en escritos que no correspondan a aquellas determinaciones, como salvedades de voto y proyectos de decisión, en manera alguna pueden ser considerados como elementos del delito.

El inciso 1º del artículo 168, en efecto, no acogió como factor constitutivo del cuerpo del delito de prevaricato el simple quebrantamiento de los deberes oficiales ni la sola violación del juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes prestado al tomar posesión de un cargo público.

Esa disposición no es aplicable, por tanto, a los funcionarios o empleados públicos por serlo, ni a quienes transitoriamente desempeñan funciones públicas por actuar ocasionalmente como tales, sólo porque aparezca demostrado que han faltado "a las obligaciones de su oficio quebrantando la palabra, fe, religión o juramento" (Escriche, Diccionario Jurídico) y, por tanto, aunque "falten maliciosamente a los deberes que impone un cargo público a una profesión o, de acuerdo con la etimología de la palabra (aunque se desvíen) intencionalmente de la línea recta que deben seguir los profesionales y empleados" (Arenas, Comentarios del Código Penal, Tomo I, página 152).

Para que esta infracción de la ley penal se cometa es necesario, además, que la promesa de fidelidad a la ley se quebrante, no de "cualquier manera" (como en el delito de colusión), sino en la oportunidad y en la forma expresa y taxativamente señalada en el Código Penal: al proferir "dictamen, resolución, auto o sentencia".

No todo concepto u opinión o juicio contrario a la ley, proferido a sabiendas por un funcionario o empleado público o por quien transitoriamente desempeña funciones públicas es delictuoso, ni siéndolo, es siempre prevaricación; para que lo sea se requiere que haya sido proferido con alguna fuerza decisoria por las personas y del modo expresa y taxativamente señalados por la ley, entre los cuales el artículo 168 incluye ciertas determinaciones especiales proferidas por expertos que tienen ese encargo permanente o transitoriamente (dictámenes), y algunas providencias administrativas (resoluciones) y judiciales (autos y sentencias).

Carece el proyecto inicial presentado por el Magistrado Angulo, en conclusión, de toda relevancia jurídica respecto del delito de prevaricato analizado.

b) La Corte, en segundo término, debe reconsiderar la imputación hecha al procesado como resultado de haber declarado el Tribunal la nulidad del proceso, siendo que a juicio de la Corte la falta del avalúo de la mercancía no constituía nulidad alguna, sino simple deficiencia probatoria subsanable mediante la práctica de la prueba correspondiente, analizadas y valoradas con mayores y mejores elementos de juicio las pruebas practicadas en la causa, y cotejadas éstas con los argumentos presentados en el salvamento de voto del honorable Magistrado Jesús Bernal Pinzón y con las alegaciones tanto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal como del defensor del procesado durante el desarrollo de los debates orales de la Audiencia Pública.

La afirmación hecha en tal sentido, contenida en el auto de proceder y considerada fundamento de la imputación ha resultado, sin embargo, seriamente desvirtuada luego del amplio, minucioso y fundado análisis probatorio hecho durante la diligencia de Audiencia Pública por el Ministerio Público y por el defensor del procesado, quienes durante las varias sesiones que demandó la vista pública y con apoyo en las opiniones expuestas previamente por el honorable Magistrado Bernal Pinzón al salvar su voto respecto de la decisión de la Sala que negó la cesación de la acción, llevan al convencimiento de que la providencia del Tribunal en este caso, se limitaba a reiterar una doctrina tradicional de la Corporación al respecto, conforme a la cual, contra lo afirmado por la Sala de Casación Penal en el auto de proceder, la diligencia de avalúo ha sido siempre estimada requisito probatorio insustituible para fundar la competencia del juzgado del conocimiento y, por consiguiente, la del propio Tribunal.

Como ya se había anticipado en el salvamento de voto del Magistrado Bernal Pinzón:

"... Una de las diligencias esenciales dentro del proceso penal aduanero, exigida taxativamente por el Estatuto, en sus artículos 74 y 75,

lo es el avalúo de la mercancía. Y su importancia radica tanto en la fijación de la propia competencia, como en la serie de consecuencias procesales que tienen en el valor de la mercancía, su base y su fundamento. Tal la razón para que el Tribunal permanente y constantemente haya venido sosteniendo la imposibilidad de pronunciar decisión judicial sin existencia del avalúo, porque en su consecuencia, ni siquiera puede decirse jurídicamente que la competencia se encuentra establecida. El valor del bien *no se presume, se prueba.* Y la forma de hacerlo, lo es a través de la diligencia señalada por la ley como capaz para ello ...".

"... El factor relativo con la *cuantía* de la mercancía considerada de contrabando tiene, en el proceso penal aduanero diversos significados, y por ello, la ley (artículo 74 del Decreto 955 de 1970, modificado por el artículo 24 del Decreto 520 de 1971), ordena que el juez "en el auto cabeza de proceso ... *ordenará el avalúo de la mercancía* y de los demás efectos retenidos. *Por peritos* designados de conformidad con las normas legales". Además, el perito, dispone el artículo 75 del Estatuto, determinará el valor de la mercancía tomando en cuenta factores como el que se relaciona con la 'naturaleza, características, estado, cantidad, peso, volumen y medida y la avaluará por su valor comercial en la plaza ...'. Por lo que, el avalúo de la mercancía no es, y no fue, naturalmente en este proceso, un mero capricho prevaricador del Magistrado Angulo, sino simplemente cumplimiento de la ley. Pero la cuantía de la mercancía en el proceso aduanero es también factor de competencia (artículos 11-12 del Decreto 520 de 1971); es *base del remate* (artículo 82); es fundamento para la liquidación de los derechos de aduana (artículo 76 ídem); sirve de base para la liquidación de los derechos de los laprehensores (artículo 86 ídem) sirve para determinar las penas (artículos 3º y 4º, Decreto 520 de 1971), y finalmente, para fijar la cuantía de la caución en los eventos en que sea factible la excarcelación (artículo 40 ídem) ...".

"... Es preciso establecer también, por qué la *cuantía* en el delito de contrabando es esencial para la determinación de la competencia. En materia aduanera el factor *territorio* no determina la competencia, ya que las dos categorías de jueces del conocimiento en la Jurisdicción Penal Aduanera —los superiores y los distritales—, tienen territorio común para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (Decreto-ley número 956 de 1970 y Ley 6ª de 1977 por medio de las cuales se establecieron los Círculos de Juzgado Superior de Aduanas). Tampoco es factor determinante al relativo a la *naturaleza del hecho,* pues tanto los Jueces Superiores como los Distritales conocen de los delitos de contrabando, en sus dos modalidades de propio e impropio, denominados ahora por la Ley 21 de 1977, de primero y segundo grado. Por tanto, el único factor determinante de la competencia resulta ser la *cuantía* por lo que, si no se ha determinado, conforme lo manda la ley, cualquier pronunciamiento que sobre un proceso penal aduanero se haga, estaría viciado desde su comienzo, por una nulidad absoluta e insubsanable ...".

"... De esta forma, resulta, que al contrario de lo afirmado en el auto de proceder, no se trata de una simple 'deficiencia probatoria', sino un factor esencial que debe determinarse en todo proceso aduanero ..." (folios 289 a 291, cuaderno original número 2).

No es posible afirmar ahora, en consecuencia, plenamente demostrado que el auto del Tribunal Superior de Aduanas de 8 de abril de 1976 fuera decisión contraria a la ley ni, por tanto, que al suscribirlo, el Magistrado Angulo González hubiera incurrido en el delito de prevaricato.

c) Tampoco puede seguir sosteniéndose que la omisión del avalúo de la mercancía, si acaso impedía la determinación de la competencia para conocer del delito de contrabando, no tenía, sin embargo, incidencia alguna respecto del de falsedad en que, mediante cohecho, había incurrido uno de los procesados, infracciones que a juicio de la Corte estaban plenamente demostradas e imponían al Tribunal de Aduanas las obligación legal de revocar el sobreseimiento definitivo consultado y la de proferir, en su lugar, auto de proceder.

Como también fue amplia, pormenorizada y fundadamente sostenido por el Ministerio Público y por la Defensa durante el desarrollo de los debates orales, la competencia de los jueces de aduana para conocer de delitos conexos con el de contrabando presupone como condición fundamental, sin la cual no se adquiere competencia para conocer de aquellos delitos, la de su propia competencia esté determinada, pues sin estarlo, no pueden los jueces aduaneros asumir el conocimiento de delitos cuya competencia concierne legalmente a otros funcionarios por razón de la naturaleza del hecho.

La acusación ha quedado, en consecuencia, seriamente desvirtuada y procede, por tanto, la

absolución del procesado Angulo González en relación con el cargo de ser autor responsable penalmente de la comisión del delito de prevaricato que le fue imputado en el auto de proceder.

2. *El delito de cohecho:*

En el auto de vocación a juicio este ilícito se calificó como de "propio" (Código Penal, artículo 161), cuya conducta consiste en admitir dinero o dádivas o en aceptar promesas, el funcionario público, para "omitir o retardar un acto propio del cargo o para *ejecutar uno contrario a los deberes oficiales*", siempre, desde luego, mucho más grave esta especie de cohecho que la común, definida en el artículo 160 del Código Penal y que se conoce como "cohecho impropio", por la circunstancia de que en esta especie de corrupción, no solamente el funcionario recibe una *retribución* indebida, sino que además, viola sus deberes oficiales mediante la producción de un acto propio del cargo. Así mismo, deberá tomarse en cuenta la agravante específica consignada en el primer inciso del mismo artículo relativo a la calidad especial de Magistrado del funcionario imputado de tal hecho.

Según conocida jurisprudencia que en un todo se ciñe a las respectivas disposiciones legales, "el delito de cohecho está integrado por los siguientes elementos:

"1º Que el sujeto activo sea un funcionario público.

"2º Que reciba indebidamente, para sí o para un tercero, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas, y

"3º Que la dádiva o la promesa la reciba o la acepte para hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales".

Se hace, pues, evidente que debe existir una relación de causalidad entre el ofrecimiento de la dádiva o la promesa y su aceptación por parte del funcionario, con el convenido propósito o con la finalidad de que éste obre dentro de uno de los moldes señalados en el tercer elemento. De manera que si no existe esa precisa relación de causalidad, si no se recibe la promesa o acepta la dádiva "para hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales", no puede hablarse de cohecho. Este delito como lo apunta el Magistrado Bernal Pinzón en su salvamento de voto, "es de los llamados por la doctrina plurisubjetivos *porque para su estructuración es elemento* esencial *la participación de* dos personas *por lo menos: el funcionario que* recibe *la dádiva o acepta la promesa, y el particular que* da *o promete. El recibir la dádiva o el aceptar la promesa, indican para que sean elementos del cohecho, una adhesión recíproca de la voluntad, en el sentido de que tanto el que da como el que recibe, deben tener plena conciencia de que se da y que se recibe,* para algo. *Es necesario que el funcionario que recibe la dádiva o acepta la promesa, reconozca en la conducta de quien da o promete, una declaración tendiente a asegurarle, en el futuro, alguna utilidad. La simple aceptación de la dádiva o de la promesa, por parte del funcionario público, jamás puede ser constitutiva de cohecho si el funcionario no la ha aceptado o recibido como retribución por un acto oficial.*

"Estos momentos subjetivos en la conducta de los dos protagonistas del ilícito deben tener una incidencia tan profunda, tan significativa en la noción de 'recibir' y de 'aceptar la promesa', que en el caso de que falte, como se evidencia en este proceso, eliminan necesariamente el dolo, y por ende hacen que la conducta no corresponda al modelo legal del delito, lo cual debe conducir, como ha debido ser aquí, reconocimiento de que la conducta atribuida al Magistrado Guillermo Angulo, no es, no ha sido, no fue conducta de cohecho. Si retribuir significa recompensar, o sea, hacer algo a cambio de otra cosa, tal situación debe estar demostrada con pruebas y no con simples consideraciones producto más de la imaginación que del sano raciocinio".

Además, según lo anota el Ministerio Público, "no constituye el delito de cohecho el acto de dar u ofrecer de un lado y el recibir o aceptar del otro. Es menester demostrar el propósito que animaba a los agentes para adoptar ese comportamiento. Sostiene al respecto Stefano Riccio en su obra 'I Delitti contro la Publica Administrazione', 1955, página 362: 'La corrupción pasiva consiste en recibir una retribución en dinero o en otra utilidad o en aceptar la promesa. La retribución contiene un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Es necesaria entonces la voluntad que dé a la cosa o a la utilidad el específico destino de retribución, mientras que desde el punto de vista objetivo debe existir una relación entre el acto realizado o a ejecutarse y la cosa o la utilidad, a más de una mínima proporción entre ellos. En verdad, no puede considerarse retribución una cosa de un valor que no guarda proporción con la importancia del acto" (cuaderno número 2, folio 192).

Una vez establecidas las anteriores nociones, es preciso considerar el caso concreto sometido a la Sala para sentencia.

Recuérdese, ante todo, que una es la prueba que exige la ley procedimental penal para dictar auto de proceder (artículo 481) y otra, mucho más rigurosa en todos los sentidos, aquélla requerida para fulminar sentencia condenatoria (Código de Procedimiento Penal, artículo 215). Así, puede darse el caso de que en determinado proceso se encuentre reunida la primera, pero no la segunda y, también el de que, en la etapa probatoria del juicio se aporten nuevas pruebas, nuevos elementos de convicción que vengan a desvirtuar lo que antes se había consignado.

En el caso que ocupa a la Sala, el Ministerio Público solicitó la práctica de numerosas pruebas y, también la defensa (cuaderno número 2, folios 34 y siguientes, 39 y siguientes), la mayoría de las cuales fueron decretadas y practicadas (ídem, folios 45 y siguientes). Dentro de éstas se encuentran algunas de la mayor importancia y trascendencia, por ejemplo, las copias auténticas de los autos de 8 de abril y 18 de noviembre de 1976, por medio de los cuales el Tribunal Superior de Aduanas decretó la nulidd del proceso contra Eduardo Antonio Páez y otros por contrabando y otras infracciones y ordenó continuar la investigación del mismo caso.

Estas piezas trajeron luces con relación a las respectivas actuaciones y vinieron a poner de presente cómo la inspección judicial que se había practicado por el Juez Sexto de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, no abarcó, con la debida exactitud y claridad todos los puntos necesarios para una mejor ilustración y comprensión del problema. Y esto era esencial.

Con relación a los indicios es preciso tener en cuenta la siguiente enseñanza de la Corte: "El indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria. Y no será indicio que prueba responsabilidad el que necesite, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad sino en el caso de que —y entonces se convertirían en indicios— en el plano objetivo tengan estructura de hechos de causalidad nítidos, los cuales en juego con otras pruebas demuestren una relación de causalidad con el acto delictuoso".

Es cierto que el abogado Bernal Arévalo prestó un automóvil al Magistrado Angulo González. Y, en la etapa probatoria del juicio se estableció el motivo de tal préstamo y el que era de corta duración. Entre ellos mediaba una vieja amistad; para la época del préstamo del automotor y, las siguientes fueron circunstancias determinantes de este hecho, la señora esposa del doctor Angulo González fue sometida a una muy delicada intervención quirúrgica, de la cual da cuenta, también en la etapa probatoria del juicio y bajo la gravedad del juramento, el médico doctor Juan Trujillo Mejía, en los siguientes términos, luego de relatar los antecedentes pertinentes: "El día 15 de octubre de 1975 se le hizo en el hospital San Juan de Dios de Bogotá, arteriografía carotidea izquierda que demostró la presencia de tumor en la localización anotada, posiblemente de tipo meningioma. La familia decidió la propuesta mía que se llevara a cabo intervención quirúrgica para la extirpación del tumor. El día 22 de octubre de 1975 se hospitalizó en la Clínica Marly de la ciudad, donde el día 23 se hizo craneotomía fronto-parietal izquierda y se extrajo un meningioma de aproximadamente 7 centímetros de diámetro que infiltraba dura madre y hueso. La extirpación fue casi total, ya que quedaron pequeños restos adheridos al seno longitudinal superior. La evolución postoperatoria fue satisfactoria y salió de la clínica diez días después. Desde entonces la he estado controlando en mi consultorio particular periódicamente. Inicialmente presentó disminución de la fuerza de los miembros derechos que hizo necesario tratamiento de fisioterapia. También ha presentado algunas crisis convulsivas y dolor de cabeza" (cuaderno número 2, folios 108 y siguiente). También se estableció que para esa misma época el carro oficial correspondiente al Presidente del Tribunal Superior de Aduanas, se hallaba inservible. Casualmente se encontraron el Magistrado Angulo y el abogado Bernal Arévalo y dentro de la charla que entre ellos se desarrolló, surgieron los temas anteriores así como las diversas actividades que debía desarrollar el primero, ante lo cual, Bernal Arévalo, de manera espontánea, le ofreció al Magistrado Angulo un automóvil que de inmediato le hizo traer por intermedio de su chofer. Esa la realidad de los hechos.

No está probado en ninguna parte del proceso que el préstamo del vehículo hubiera estado condicionado a contraprestación alguna por parte del Magistrado Angulo; que el abogado Bernal Arévalo se lo hubiera entregado y el Magistrado Angulo lo hubiera recibido "para hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales", que es en lo que consiste el cohecho. Esa indispensable relación de causalidad que pudo haberse vislumbrado antes de la práctica de pruebas en el juicio, vino a quedar desvirtuada y esclarecida de manera satisfactoria con las nuevas pruebas que se recaudaron.

Además, es preciso tener en cuenta: si en la mente del abogado Bernal Arévalo hubiera estado la intención de cohechar, él sabía muy bien que la decisión que pretendía no se encontraba únicamente en las manos del Magistrado Angulo, sino de todos los integrantes del Tribunal, circunstancia ésta que tampoco era desconocida por el funcionario.

El abogado Bernal en ningún momento apareció como apoderado de ninguno de los sindicados en el ilícito de contrabando contemplado en los autos.

No se encuentra probado que el Magistrado Angulo tuviera conocimiento de la vinculación que podría existir, a través de una sociedad de carácter comercial, entre Juan Crump Pérez y el abogado Bernal Arévalo.

El Magistrado Angulo González, luego del préstamo del vehículo, se declaró impedido para seguir conociendo de estas diligencias. No podía saber de manera cierta, con absoluta certeza, que ese impedimento le iba a ser aceptado o no, tanto más cuanto que podía mediar, en caso negativo, la intervención de la misma Corte, como en efecto ocurrió. Entonces, no se explica, de haber sido cierto el pacto ilícito, que quien a ello se comprometió pretendiera eximirse de conocer del negocio.

Sabido es que el sobreseimiento temporal no tiene existencia en la legislación penal aduanera. En estos casos se impone la reapertura de la investigación. El Tribunal de Aduanas no podía conocer independientemente de los delitos de falsedad y cohecho, por la sencilla razón de que hasta el momento carecía de competencia, pues, como lo dice el Magistrado; Bernal Pinzón, "el aspecto relacionado con la ausencia de llamamiento a juicio por los delitos de cohecho, prevaricato y falsedad documental, tiene pleno respaldo en el hecho de que por tratarse de delitos conexos con el de contrabando, no era posible su calificación sin la comprobación previa del delito principal, y por otra parte, quedó demostrado cómo la señora Fiscal compartió ampliamente este aspecto de la providencia que se califica de prevaricadora, ya que solicitó el archivo del proceso precisamente por esos delitos.

"Las afirmaciones contenidas en el auto y que han sido objeto del comentario que antecede, tienen su origen en el hecho cierto de que al momento de pronunciarse el auto que las contiene, la Corte no conoció los autos en que se afirma se ejecutaron tantas y tan graves irregularidades, que dieron origen al prevaricato y al cohecho".

Lo anterior, constituye otro argumento más que nace de las pruebas recaudadas en la etapa probatoria del juicio, en contra de la sindicación por cohecho. Porque, precisamente con las pruebas que se decretaron en la reapertura de la investigación, numerosas y fundamentales, se venía a completar y a esclarecer de manera diáfana todo ese panorama procesal. Y, leyendo el auto respectivo, de haber mediado aquel pacto doloso, no era esa ciertamente la manera más indicada para darle a éste cabal cumplimiento. Y, menos cuando el mismo Tribunal exigió el mayor celo en el cumplimiento de lo que se ordenaba, "a fin de que la investigación no vaya a sufrir el fracaso en la indefinición, fenómeno tan frecuente en los procesos penales".

Cumple recordar en este paso, como lo anota el Magistrado Bernal Pinzón que "en el segundo numeral de la parte resolutiva, se declara la nulidad del incidente relativo a la entrega del azúcar —(se aclara: a Crump Pérez)— ordenada por el juez de Barranquilla. Sería la primera vez en la historia del Derecho Penal mundial, en que un cohecho y un prevaricato se ejecutan por un juez o Magistrado precisamente para causarle daño o perjuicio a quien ha pagado con el fin de lograr todo lo contrario. Porque, no puede entenderse jamás, que la declaratoria de la nulidad del incidente de la entrega de la mercancía iba a favorecer al propietario del cargamento del azúcar, y menos, muchísimo menos, la *revocatoria* de un auto de sobreseimiento definitivo, cuando como consecuencia de dicha revocatoria, se ordenaba vincular al propietario del azúcar al proceso, mediante indagatoria".

Entonces, no habiéndose comprobado la relación de causalidad entre el préstamo del vehículo por parte del abogado Bernal Arévalo al Magistrado Angulo, para que éste hiciera, omitiera o

retardara un acto contrario a sus funciones, o para que ejecutara uno contrario a los deberes oficiales; y, de otra parte, habiéndose presentado en la etapa probatoria del juicio tantas pruebas nuevas que vienen a desvirtuar los cargos por prevaricato y cohecho que se habían formulado en el auto de proceder contra el funcionario y, habiéndose acreditado plenamente numerosos y graves contraindicios con relación a la responsabilidad, para los Magistrados que sostienen la absolución, la inocencia del Magistrado Guillermo Angulo González se presenta de manera clara y diáfana. Cobra ésta mayores y más seguros fundamentos, al tener en cuenta cómo todos los integrantes de la Sala Penal inclusive quienes no aceptan la conclusión inmediatamente anterior, han llegado a la de que no se dio el delito de prevaricato.

El señor conjuez, doctor Tarcisio Roldán Palacios ha llegado a la conclusión de absolución, teniendo en cuenta también otros criterios: hizo referencia a que buena parte de las pruebas de cargo no fueron allegadas a este expediente con sujeción a los principios que rigen su legalidad; estructuró sobre las otras una serie de argumentaciones que le condujeron a una duda sobre algunos hechos y su correspondiente responsabilidad en el campo penal que no le fue posible eliminar y, finalmente, arguyó en pro de su posición el siguiente pasaje de Francesco Carnelutti tomado del proceso Fenaroli: "El abogado Pacini, si no estoy mal informado, ha dicho también que yo he invitado a 'ir contra las pruebas'. Sobre este punto igualmente su discurso no se puede explicar sino porque no me comprendió o porque no pude hacerme comprender. Lo que yo afirmo es cómo hay una diferencia esencial entre la certeza requerida por la ley para absorver, y la certeza exigida para condenar, por cuanto se considera error judicial más grave aquel que induce a la condena de un inocente que el que lleva a la absolución de un culpable. Yo os he dicho repetidas veces que para condenar no basta una prevalencia cualquiera de las pruebas de cargo sobre las pruebas de descargo, sino una prevalencia tan apreciable que permita en todo caso un margen de seguridad. Esta exigencia es perentoria porque siempre es posible que el razonamiento se equivoque y la ley quiere que el juez tenga en todo momento garantías suficientes contra esa posibilidad de error. No es esta una teoría que yo haya escogido ingeniosamente para mayor comodidad defensiva; se trata de principios de derecho reconocidos por los juristas de todas las latitudes del mundo".

Por ello concluyó que fundamentaba su voto por la absolución en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "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 lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: ABSOLVER, como en efecto lo hace, al doctor Guillermo Angulo González por todos los cargos que se le formularon en este proceso y en que se dijo incurrió en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas.

Segundo: ORDENAR la inmediata *libertad incondicional* del mismo doctor Angulo González.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Tarcicio Roldán Palacios (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez y José María Velasco Guerrero.

Con todo el respecto que nos merece la anterior decisión de la Sala debemos, no obstante, manifestar nuestro desacuerdo con los criterios, expuestos en ella, conforme a los cuales las pruebas del proceso —según el conjuez— no demuestran plenamente ni la responsabilidad ni la inocencia del ex Magistrado o —según los demás firmantes— acreditan claramente que éste no cometió el delito de cohecho que le fue imputado en el auto de proceder.

En el proyecto inicial presentado a consideración de la Sala, si bien se consideró plenamente demostrada la inocencia del procesado en relación con el delito de prevaricato por el que también fue llamado a juicio, decisión unánimemen-

te compartida por la Corte, se estimó, sin embargo, igualmente acreditada la responsabilidad penal del procesado Angulo González como autor del delito de cohecho, reconociendo a éste, sin embargo, su probado derecho al beneficio de la condena condicional que allí se le otorgaba.

Las siguientes son las pruebas y consideraciones que entonces expusimos y que ahora reiteramos sobre la responsabilidad del procesado:

El delito de cohecho:

La imputación al Magistrado Angulo se fundó en el hecho de haber recibido y haber estado utilizando en su provecho personal, un automóvil que le había entregado por tiempo indefinido su amigo el abogado José Joaquín Bernal Arévalo, quien era a la sazón apoderado de Juan Crump Pérez y éste a su vez propietario del cargamento de azúcar materia del proceso por contrabando que el funcionario tenía a su despacho; en el hecho de que el vehículo había sido proporcionado por un cuñado de Crump Pérez y en la consideración de que la entrega y recibo del vehículo habían obedecido al propósito, cumplido más tarde en forma reiterada por el Magistrado, de que éste favoreciera los intereses del dueño de la mercancía, contrariando sus deberes oficiales.

Los elementos estructurales de la infracción se analizan a continuación:

La calidad de funcionario o empleado público del doctor Guillermo Angulo González está plenamente acreditada en el proceso, en el que consta que el doctor Angulo ejercía para la fecha de los hechos el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, elegido por la Corte en sesión de Sala Plena el día 20 de junio de 1974, confirmado en la sesión del 18 de julio siguiente y posesionado el 1º de agosto del mismo año, fecha desde la cual, hasta su suspensión del ejercicio del cargo por razón de los hechos a que se contrae el proceso, estuvo desempeñando, ininterrumpidamente, las funciones propias de su cargo, en ejercicio de las cuales incurrió en el hecho materia de la imputación.

La admisión de dinero o dádivas provenientes de personas interesadas en asuntos relacionados con las funciones del funcionario está también plenamente demostrada en el proceso, en el que consta que el Magistrado Angulo González recibió un vehículo para su uso personal, entregado por el abogado Joaquín Bernal Arévalo y puesto a su disposición por un cuñado del señor Juan Crump Pérez, quien era propietario de la mercancía considerada de contrabando y, simultáneamente, cliente del abogado en el juicio que éste adelantaba ante el Consejo de Estado en relación con la exportación de la mercancía materia de investigación en el proceso penal de que conocía el Magistrado.

La entrega y recibo del automotor ha sido admitida por el propio procesado y por el abogado Bernal Arévalo; la propiedad sobre aquél reconocida por el Gerente de la firma "A. B. C. tomotriz Limitada", quien era cuñado del dueño de la mercancía y el interés de éste en el proceso penal manifestado por el propio Crump en el expediente que había entrado al despacho del Magistrado Angulo más de un mes antes.

Está igualmente, claramente establecido, y fue admitido por el propio procesado y por el abogado, que el Magistrado no aceptó ninguno de los vehículos usados de propiedad de aquél y que recibió, en cambio, uno nuevo, aún sin placas, todavía de propiedad de una de las firmas distribuidoras de Chrysler Colmotores, una de ellas, nacionalmente conocida, gira bajo la razón social de "Crump Caribe y Compañía" y otra, "A. B. C. Automotriz Limitada", la que facilitó el vehículo, estaba gerenciada por el cuñado de Crump.

La relación de causalidad entre el recibo de la dádiva y la ejecución de actos contrarios a los deberes oficiales, es extremo también procesalmente establecido de manera plena o completa, pues existe una unión clara, estrecha e inequívoca entre el comportamiento del procesado Angulo González como amigo personal durante más de diez años del abogado José Joaquín Bernal Arévalo, para entonces apoderado de Juan Crump Pérez, y los actos ejecutados por el funcionario dentro del proceso penal en el que el cliente de su amigo aparecía como propietario de la mercancía considerada de contrabando:

a) Para la fecha en que la cónyuge del Magistrado fue hospitalizada, el Consejo de Estado había admitido la demanda que el abogado Bernal Arévalo había presentado, como apoderado de Juan Crump Pérez, para que la Corporación declarara la nulidad de las Resoluciones número 013 de 9 de enero de 1975 y número 0210 de 17 de marzo del mismo año, la primera de las cuales había declarado sin validez el registro de exportación número 070, considerado fruto de cohecho y falsedad en el proceso aduanero y fundamento del delito de contrabando, y solicitado que, en consecuencia, se autorizara la exportación del azúcar de propiedad de Crump y se condenara a Incomex al pago de los perjuicios

ocasionados a éste; en el mismo proceso para entonces repartido al Magistrado Angulo González ya la Fiscal Segunda del Tribunal había rendido concepto solicitando a la Corporación que revocara el sobreseimiento definitivo proferido por el Juzgado Superior de Aduanas a favor de los procesados, declarara la nulidad del auto por el cual se había dispuesto la devolución del azúcar decomisada, ordenara vincular a ella como sindicado del delito de contrabando por aduanas a Juan Crump Pérez y dispusiera abrir investigación penal contra el Juez Superior, por prevaricato; y ya para entonces era también un hecho de público conocimiento, acreditado en las pruebas iniciales del proceso a cargo del Magistrado, que la mercancía era de propiedad de Crump Pérez, como había quedado claramente consignado en la diligencia de inspección judicial practicada el 16 de diciembre de 1974 (folio 14, anexo número 3) y lo había admitido luego el propio Crump (folio 21 ibídem).

El Magistrado Angulo, de otra parte, a tiempo con el reconocimiento de la larga y estrecha amistad que le unía al abogado de Crump ha aceptado, reiteradamente, que conocía personalmente al propietario de la mercancía aun cuando no fuera, sin embargo, amigo ni íntimo suyo (folios 91 y 228, cuaderno original número 1);

b) La entrega y recibo del vehículo, las características del automotor, la propiedad de éste, y las inatendibles explicaciones suministradas por el Magistrado para explicar su posesión y uso, si bien no alcanzan a demostrar plenamente que fue obsequiado al funcionario, como pudiera pensarse, sirven, no obstante, para acreditar que no fue recibido por éste para realizar unas pocas y urgentes diligencias personales.

Está acreditado, en efecto, que el procesado Angulo se negó a recibir cualquiera de los vehículos usados que eran, eso sí, de propiedad del abogado, dos de los cuales de modelo y precio igual o semejante al que recibió más tarde (folios 91, 145, 268, cuaderno original número 1 y folios 61 y 72, cuaderno original número 2) y que recibió, en cambio, uno nuevo, sin placas, de propiedad de la firma "A.B.C. Automotriz", cuyo Gerente era el señor Juan Bustamante Steer, cuñado de Crump (folio 160, cuaderno original número 1), e igualmente acreditado que para entonces el Magistrado no necesitaba ese vehículo por disponer de otros dos, uno de su propiedad y otro oficial a su servicio (folios 227 y 229, cuaderno original número 1), el primero de ellos sin que hubiera en su lugar persona alguna, excepto él mismo, en capacidad de conducirlo, por hallarse su cónyuge hospitalizada y por ser todos los hijos del matrimonio menores de quince años (folios 129, cuaderno original número 1 y 347, cuaderno original número 2);

c) Se encuentra, por último, plenamente establecido que a raíz de los hechos anteriores el procesado incurrió en la comisión de actos que favorecían los intereses de Crump Pérez, ejecutados contrariando sus deberes oficiales.

La más grave y ostensible demostración de este ánimo de favorecimiento quedó patentizada en la reacción enfurecida del Magistrado cuando su propia Fiscal, amistosamente, puso en su conocimiento las graves revelaciones que había escuchado en el hogar de aquél, hechas por sus allegados y por su propia cónyuge, según las cuales el funcionario, durante la hospitalización de su mujer, había estado recibiendo atenciones de Crump y, entre ellas, la referente a la entrega del vehículo (folio 83, cuaderno original número 1), manifestaciones ante las cuales el procesado, lejos de agradecer la bondadosa actitud de la Fiscal, reaccionó airadamente afirmando "que a él nadie le prohibía tener amistades y recibir invitaciones y que como el carro se lo había prestado un amigo de él no tenía por qué saber (aunque ya sabía) que era de Crump":

"... Visité al doctor Guillermo Angulo González y a su señora esposa, en su residencia, cuando esta última se encontraba seriamente afectada por quebranto de salud. Fue allí donde fui informada por conversación que surgió entre familiares allegados a esa familia, en forma espontánea, sobre que el doctor Guillermo Angulo González durante esos días había estado recibiendo atenciones del señor Crump Pérez y que entre tales atenciones estaba el préstamo de un automóvil que éste le había hecho al doctor Angulo para que concurriera a una invitación al hotel Tequendama, en compañía de la Magistrada doctora Betty Flórez Castañeda, invitación formulada por el mismo Crump ...".

"... Ante tal conocimiento y dada la alta estima que yo tenía por el señor Magistrado Angulo, consideré que tal asunto era muy grave, pues en esos momentos tal Magistrado tenía para su conocimiento un proceso penal por falsedad y contrabando de azúcar en el cual el principal sindicado en mi sentir era Crump Pérez. Llegué a pensar que quizá por la circunstancia de la enfermedad de su señora y por el estado de ánimo en que se encontraba el doctor Angulo, había aceptado tales atenciones sin haber cono-

cido a fondo el expediente y por consiguiente desconocer la sindicación contra Crump. Hasta aquí lo que me enteré en casa del doctor Angulo, lo cual ocurrió en momentos en que él estaba reunido en su casa con otros amigos en una pieza distinta. Mas como yo no podía dejar de hacerle la observación correspondiente al doctor Angulo, al día siguiente lo llamé por teléfono a su Despacho pidiéndole me recibiera en privado y una vez allí, le expuse palabra más, palabra menos lo que había escuchado y lo que yo pensaba, agregándole que a mí me parecía muy grave eso y que como Fiscal y amiga le solicitaba informe sobre si era verdad o mentira. Para sorpresa mía, yo que siempre le había visto actuar con absoluta rectitud, el señor Magistrado se enfureció y me manifestó que a él nadie le prohibía tener amistades y recibir invitaciones y que como el carro se lo había prestado un amigo que él no tenía por qué saber que era de Crump ...".

Este ánimo de favorecimiento se muestra, además, en la aparente manifestación de impedimento hecha por el Magistrado poco después de los informes de su Fiscal, so pretexto de un "impedimento moral" que sabía de sobra inadmisible como causal de recusación y que no podía ignorar de antemano que habría de ser rechazado, a tiempo que guardaba discreto silencio sobre el recibo del vehículo y afirmaba no tener "interés alguno en la decisión que se produzca" cuando la Fiscal había solicitado al Tribunal que el propietario de la mercancía, Juan Crump Pérez, fuera sindicado e indagatoriado como autor del delito (folios 216 a 217, cuaderno original número 1) y cuando, en consecuencia, aparecía manifiesto que sí lo tenía (por haber recibido el vehículo, por haberle sido entregado por su amigo Bernal Arévalo y por ser éste apoderado de Crump), ese sí motivo legal de impedimento:

"... No tengo amistad íntima ni con el señor Juan Crump Pérez, ni con ninguna de las partes que han intervenido o intervienen en el proceso. No tengo interés alguno en la decisión que se produzca. Pero se ha creado en mí, un *impedimento moral* de extrema gravedad que me impele a solicitar de ustedes el ser apartado del conocimiento del proceso ...".

"... Réstame solamente, honorables Magistrados, dejar constancia de mi profunda preocupación por la serie de hechos que sistemáticamente se están presentando en la jurisdicción. Ya no existe proceso penal aduanero de cierta entidad, que llegue a la Corporación, a cuyo alrededor no se tejan conjeturas, se prediquen inexactitudes y se haga blanco a los miembros del Tribunal de supuestos procederes indebidos. ¿Quiénes son los autores? ¿Cuáles los fines que se persiguen? ¿Qué objetivos se buscan? Lo ignoro. Pero dejo este escrito, honorables Magistrados, como un testimonio y como una constancia ..." (sic).

Aquel propósito de favorecimiento hacia Crump y el abogado de éste se concreta, ostensible y materialmente, en el proyecto elaborado inicialmente por el Magistrado y luego sometido a la consideración del Tribunal, que ésta rechazó y mediante el cual el procesado Angulo pretendía obtener que la Corporación confirmara el sobreseimiento definitivo y la devolución de la mercancía a Crump (folios 73, 78 y 235, cuaderno original número 1 y 118 del cuaderno número 2), propósito manifiestamente contrario a la ley pues, como ya se ha visto, la decisión que se ajustaba a la doctrina constante de la Corporación era la declaratoria de nulidad dispuesta en el auto del Tribunal de 8 de abril de 1976 y, establecida la competencia, la decisión adoptada por la misma Corporación en el auto de 8 de noviembre del mismo año, por medio del cual dispuso continuar la investigación y decretar la nulidad del incidente de entrega del azúcar a Crump (folios 107 a 110 y 159 a 221, anexo número 4):

"... Ciertamente que la ponencia concluía en la confirmatoria del sobreseimiento definitivo decretado, sin que recuerde exactamente que se resolvía sobre la mercancía. En verdad yo no estuve de acuerdo con la ponencia y me parece que fui quien primero hizo observaciones sobre ella, indicando que consideraba que se presentaba una nulidad, por cuanto no había existido avalúo sobre la mercancía, factor esencial para la determinación de la competencia ...".

(Humberto Fernández Vega, folio 74).

"... Dicho Magistrado, al llevar ponencia a Sala para su discusión, ésta fue diferida a pedido del doctor Fernández y yo, por dos ocasiones, quizás, a efectos de tener mayor ilustración sobre las normas y situaciones llevadas al debate ...".

"... La ponencia presentada *confirmaba* el interlocutorio que sobreseía definitivamente a los inculpados ...".

(Margarita de Albarracín, folio 78).

"... La ponencia por mí presentada en su aspecto principal, confirmaba los sobreseimientos dictados ...".

(Guillermo Angulo González, folio 235),

"... Luego del estudio presenté un proyecto que como también lo señalé confirmaba en su mayoría las decisiones del (juzgado) superior...".

(Idem, folio 118, cuaderno número 2).

No terminaron allí, sin embargo, las muestras de manifiesta parcialidad del Magistrado a favor del cliente de su abogado amigo, pues luego de rechazado su proyecto inicial y de adoptadas las decisiones de 8 de abril y de 8 de noviembre de 1976, negó reiteradamente, con el apoyo de dos colegas, la vinculación al proceso del propietario de la mercancía considerada de contrabando, vale decir, la sindicación de Crump como autor principal del delito, vinculación que aparecía claramente desde el comienzo del proceso, que había solicitado la Fiscal Segunda del Tribunal en su concepto de 30 de septiembre de 1975 (folio 91, anexo número 4), y reiterado en el 30 de septiembre del año siguiente (folios 151 a 156 ídem); que el Tribunal negó en el auto de mayoría de 8 de noviembre de ese año (folios 159 y siguientes, anexo 4), con salvamento de voto de uno de los Magistrados, entre otras causas, por no haberse ordenado esa vinculación (folio 225 ídem), y que fue luego nuevamente negada al resolver el Tribunal la reposición de esa determinación (folios 229 a 232 ídem), contra el criterio de la misma Magistrada (folios 233 a 235 ídem).

"... *Delitos configurados:*

"... Al tenor de lo que se deja expuesto, tanto al momento de ser entregada la mercancía, como ahora que el juez ha sobreseído definitivamente a las personas que quedaron vinculadas al proceso, no tanto por su actuación sino por la del Juez de Instrucción, los hechos narrados configuran los siguientes delitos:

"... ... ...".

"... 3º *Contrabando por las aduanas,* del cual son autores Juan Crump Pérez, a quien se le debe recibir indagatoria, Pedro González y Samuel Antequera González ...".

(Concepto Fiscal de 30 de septiembre de 1975, folio 91, anexo número 4).

"... De otra parte es oportuno concretar las peticiones hechas en el concepto anterior, para que revocada esta providencia se resuelva:

"... ... ...".

"... 4º Abierta la investigación vincular a Jony Crump por medio de indagatoria ...".

(Concepto Fiscal de 22 de septiembre de 1976, folios 155 y 156, ídem).

"... Finalmente, anunciado procesalmente que el señor Juan Crump, es el dueño del producto materia de investigación y es el cesionario del registro de exportación, débesele vincular penalmente al proceso. No debe estar esta medida, condicionada a la práctica de más pruebas previas, como lo entiende el Tribunal ...".

(Salvamento de voto de la Magistrada Margarita Hernández, folios 225 a 226).

"... Además de los argumentos claros de la honorable Magistrada (Margarita Hernández), es conveniente que el honorable Tribunal tenga en cuenta que el señor Crump ha confesado ser el dueño de la mercancía y por lo tanto resulta injustificable que no se le vincule al proceso cuando sí se están vinculando a las personas que han actuado a nombre suyo ...".

(Solicitud de reposición de 17 de noviembre de 1976, folio 227).

"... Igualmente, hincapié hice, cuando se discutió el proyecto, de que si se había tomado el trabajo el Tribunal de puntualizar al *a quo* las pruebas para mejor proveer, *había pasado por alto un aspecto vital,* que puede ser desencadenante de las demás acciones averiguadas: *la adquisición del azúcar.* No se sabe cómo se adquirió ésta. Bien, había podido el Tribunal trazar las pruebas atinentes a este aspecto. O al menos decirlo en la providencia, lógico que parte motiva. Y ya que se refirió a las relativas a responsabilidad, ha debido ordenar la vinculación procesal del señor Crump. La puntualización a este respecto por el Superior, fue tímida, cuando hay suficiente acervo probatorio para ser categórica ...".

(Salvamento de voto de la misma Magistrada, folio 234 ídem).

Estos indicios, fundados en hechos cada uno de ellos plenamente demostrados constituyen, aisladamente considerados, pruebas incompletas; pero la variedad, pluralidad, gravedad y conexidad de ellos, cuya coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse, constituyen plena prueba (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal) y por tanto, prueba de la responsabilidad penal del procesado Guillermo Angulo González como autor del delito de cohecho que le fue imputado en el auto de proceder.

Si bien compartimos, en consecuencia, los argumentos expuestos por el Ministerio Público y por el defensor del procesado a lo largo de los debates orales de la audiencia pública respecto del delito de prevaricato, estimamos, de otra par-

te, carentes de todo fundamento procesal las argumentaciones expuestas en la misma diligencia para solicitar la absolución del procesado en relación con el de cohecho.

Además de que el procesado y el abogado Bernal Arévalo no han explicado convincentemente las causas por las cuales aquél recibió el vehículo nuevo de la firma gerenciada por el cuñado de Crump y no uno cualquiera, de los usados que el abogado le había ofrecido, ni han sido uniformes en el señalamiento de las circunstancias bajo las cuales el Magistrado recibió aquel automotor, lo que de suyo debilita y hace inconsistente la justificación que uno y otro han pretendido, es incuestionable, también, que como consecuencia de no existir ninguna prueba o diligencia seria atendible, de igual o superior valor a las de cargo, la fuerza probatoria de éstas permanezca incólume luego de agotado el trámite del proceso.

Ya ha quedado visto, de otra parte, que el procesado ejecutó reiterados actos contrariando sus deberes oficiales, a favor de los intereses de Juan Crump Pérez y del abogado de éste, tales como los de pretender, en su condición de Magistrado ponente, que el Tribunal Superior de Aduanas confirmara el sobreseimiento definitivo proferido a favor del cliente de su amigo y la devolución de la mercancía de contrabando a Crump y como el de negarse reiteradamente a ordenar la indagatoria de éste como autor principal de la pretendida exportación ilícita del cargamento de azúcar de su propiedad, actos, entre otros, ejecutados en ejercicio de sus funciones de Magistrado, contrariando los deberes oficiales que tales funciones le imponían; también ha quedado visto que existió una estrecha relación de causalidad entre la entrega del automóvil y la conducta del doctor Angulo como Magistrado; luego, ni por este aspecto, ni por la falta de proporcionalidad entre el acto corruptor y los actos producidos como consecuencia de aquél, que la ley no exige, puede afirmarse la inocencia del procesado.

Considerados, sin embargo, los motivos determinantes (su vieja amistad con el abogado Bernal Arévalo, la hospitalización de su cónyuge, el cúmulo de asuntos de carácter oficial, familiar y particular del Magistrado, etc.); la personalidad del procesado (hombre dedicado durante su vida a la cátedra y a la judicatura) y las circunstancias de menor peligrosidad que acompañaron al hecho delictuoso, como su buena conducta anterior (causal 1ª del artículo 38 del Código Penal), el obrar bajo la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales y familiares (causal 4ª) y el procurar anular o disminuir las consecuencias del hecho, aun cuando no muy expontáneamente (causal 7ª y artículo 40 del Código Penal), son factores suficientes para considerar que la pena imponible al procesado es la mínima a dos (2) años de prisión señalada en el inciso 2º del artículo 161 del Código Penal, junto con las penas accesorias correspondientes, por el mismo término y, como consecuencia de las consideraciones anteriores, que es acreedor al beneficio de la condena condicional.

No hay lugar, de otra parte, a la condenación por perjuicios a causa de no haberse hallado fundamento para considerar que se ocasionaron (folio 323, cuaderno original número 2), lo que obliga a revocar la orden de embargo de los bienes de propiedad del condenado, dispuesta para garantizarlos (folios 388 a 389, cuaderno original número 1), en cuyo defecto se le impondrá multa por un mil pesos ($ 1.000.00).

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la caución de buena conducta, se fijará también en un mil pesos ($ 1.000.00) la caución que deberá prestar el procesado.

Reiteramos estas consideraciones, contenidas en el proyecto inicial presentado al estudio de la Sala y por no haber sido finalmente compartidas por la mayoría, salvamos el voto.

Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Fecha ut supra.

Salvamento de voto del doctor Luis Enrique Romero Soto.

Con el mayor respeto por la decisión mayoritaria de la Sala consignada en la sentencia que antecede, me aparto de ella en cuanto absuelve al ex Magistrado doctor Guillermo Angulo González por el delito de cohecho.

Comparto esa absolución por lo que hace al delito de prevaricato por considerar, como lo dice dicha providencia, que ni el haber formulado un proyecto en que se confirmaba el sobreseimiento definitivo en favor de Eduardo Antonio Páez y otros proferido por el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla el 29 de julio de 1975, ni la declaratoria de nulidad de todo lo actuado hasta entonces dentro de dicho proceso,

decretada por el Tribunal Superior de Aduanas de que hacía parte el procesado con base en la falta de avalúo de la mercancía decomisada, ni la consideración hecha en esa misma providencia de que por falta de esa diligencia tampoco podía adelantarse proceso por el delito conexo de falsedad documental, son conductas subsumibles en el artículo 168 del Código Penal como se dijo en el auto de proceder, lo que fue infirmado tanto por las pruebas recogidas en el juicio como por las alegaciones hechas tanto por el Ministerio Público como por la defensa en la audiencia y que demostraron cómo tales actos no sólo no se salían de lo lícito sino que eran necesarios para adelantar el proceso. Es decir, que no fueron "contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos" como lo exige la norma citada, sino, por el contrario, ajustados a derecho.

Estimo, además, luego del estudio de esas mismas pruebas y alegaciones, que las conductas omisivas que en el auto de proceder fueron consideradas como manifestaciones de prevaricato como no haber redactado ponencia para llamar a juicio sino para que se reabriera investigación tampoco constituyeron el ilícito que describe el inciso segundo del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, por cuanto no se ve que tales comportamientos obedecieron a sentimientos de simpatía o animadversión del Magistrado Angulo González hacia las partes o personas vinculadas al proceso como eran el citado Eduardo Antonio Páez y los también sindicados Samuel Antequera González, Avelino Devia Galvis, Duván Quimbaya Ballén y Pedro González Llinás, siendo necesario para la estructuración de ese delito que las acciones u omisiones del funcionario se refieran a las partes que actúan en proceso como lo ha dicho, en varias oportunidades, esta Sala.

Sí obran en el proceso, en cambio, elementos para condenar al doctor Angulo González por el delito de cohecho en la forma contemplada por el artículo 161 del ordenamiento citado, esto es, por haber admitido una dádiva para favorecer dentro del proceso a que se ha hecho referencia a una persona que tenía interés en el mismo aunque no se hallaba vinculada procesalmente a él. Esa persona era Juan Crump Pérez y la dádiva consistió en la entrega de un automóvil para que el Magistrado lo usara en forma indefinida, vehículo que recibió de manos del cuñado y abogado de Crump Pérez, doctor Joaquín Bernal Arévalo y que aceptó con el pretexto de realizar diligencias de momento, pero que conservó en su poder varios días pese a tener otro de su propiedad. Esa entrega fue hecha en circunstancias especiales, pues el Magistrado no quiso recibir otros, ya usados, que le ofreció el abogado y aceptó, en cambio, uno nuevo, sin ningún uso, que éste hizo sacar de una agencia.

Esa entrega era de tal magnitud que resulta innegable su influencia en las actuaciones del Magistrado dentro de un proceso en que estaba interesado Juan Crump Pérez si bien no tenía aún en carácter de parte, interés que no podía ignorar el doctor Angulo González, quien tenía el carácter de sustanciador dentro del mismo.

La recepción del vehículo no fue manifestada por el procesado cuando se declaró impedido. En cambio, alegó como impedimento un hecho que no podía ser considerado como tal.

Y actuando dentro del proceso, en su función de Magistrado, presentó al Tribunal un proyecto de providencia en el que se confirmaba el sobreseimiento definitivo de las personas implicadas en el contrabando del azúcar de propiedad de Crump Pérez y que, desde luego, favorecía los intereses de éste porque permitía la libre exportación del azúcar.

Este fue un acto oficial del procesado y el hecho de que los otros Magistrados del Tribunal no lo hubieran aceptado y el mismo ponente hubiera presentado otro en que se declaraba la nulidad de lo actuado no lo hace desaparecer como hecho ni como actuación procesal.

Este acto fue suficiente para estructurar el delito de cohecho, no obstante su carácter de proyecto, sometido a la consideración y aprobación de los restantes Magistrados ya que, como dice Manzini, "es irrelevante que se trate de acto definitivo, irrevocable, o que aún esté sujeto a impugnación, aprobación, revisión o control" (Tratado, volumen V, página 185).

Esa actuación era claramente contraria a los deberes del funcionario, pues el más ligero examen del proceso sometido a su consideración mostraba que no era posible tomar una medida de esa naturaleza y que se imponía, por lo menos, continuar la investigación especialmente en lo relativo a la actuación de Crump Pérez.

Tales son, expuestas en forma sintética, las razones que llevan al suscrito a salvar su voto en el presente caso.

Luis Enrique Romero Soto.

Bogotá, diciembre 11 de 1978.



INDICE

Pág.

JURADOS DE CONCIENCIA. *No constituye nulidad constitucional, ni mucho menos legal, el hecho de que actúa en una audiencia pública un jurado que fue sorteado para ello pero cuyo nombre fue excluido de la lista con posterioridad al sorteo.* La Corte, por sentencia de enero 19 de 1978 *no casa* la de 24 de febrero de 1977 proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, que absolvió a José Faber Varón Acosta por el delito de homicidio en la persona de Rodolfo Varón Ortiz, recurrido por el apoderado de la parte civil.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 5

JUZGAMIENTO DE LOS RECLUTAS AUXILIARES DE LA POLICIA NACIONAL. *El juzgamiento de los reclutas auxiliares de la Policía corresponde a la Policía y no a las Brigadas del Ejército.* La Corte, por providencia de 23 de enero de 1978 dirime el conflicto de competencias suscitado entre el Comando del Departamento de Policía Tolima y el Comando de la VI Brigada con sede en Ibagué para juzgar al recluta auxiliar de la Policía, Jairo Peña Pinzón y ordena se envíe el negocio al Comando de la VI Brigada.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 8

ROBO. *Circunstancias que lo configuran (artículo 404 del Código de Procedimiento Penal). La Corte recoge la jurisprudencia sobre el robo. Salvamento de voto de los doctores Jesús Bernal Pinzón y José María Velasco Guerrero.* La Corte, por sentencia de 7 de febrero de 1978 *no casa* la de 9 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Alcides López Castro a la pena principal de 70 meses de presidio más las accesorias de rigor.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 10

DOSIMETRIA PENAL. *Dos son los principios fundamentales de la dosimetría penal que consagra el estatuto vigente. Señala un mínimo y un máximo de la sanción imponible, cuyos extremos no puede desconocer el juzgador y establece pautas para que éste discrecionalmente tase su monto dentro de esos límites precisos.* La Corte, por sentencia de 9 de febrero de 1978 *no casa* la de 25 de febrero de 1977, proferida por el Tribunal Superior de San Gil, que condenó a Pedro Agustín Quiñones Morales como autor y responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 10 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* 16

DOLO Y CULPA. *En muchos casos no es posible la coexistencia del dolo y la culpa en una misma conducta, pero se puede dar especialmente cuando se está en presencia de dos resultados.* La Corte, por sentencia de 13 de febrero de 1978, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de abril de 1977, que condenó a Saul Ochoa como responsable del delito de homicidio en la persona de su esposa Elda Flórez Ochoa y lesiones culposas en su menor hija Gloria María, a la pena principal de 15 años y un mes de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 20

PECULADO Y FALSEDAD. *Elementos: material, sujeto activo, acción típica y dolo. Concurso material.* La Corte, por sentencia de 13 de febrero de 1978 *dispone condenar* al señor General (r) Jorge Ordóñez Valderrama a la pena principal de 7 años y 6 meses de presidio por los delitos de peculado y falsedad, por los cuales se llamó a responder en juicio ante la Corte Suprema de Justicia. Con salvamento de voto de los doctores Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero y Alvaro Luna Gómez.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* 22

ALLANAMIENTOS. *La Policía no puede practicar allanamientos.* La Corte, por sentencia de 13 de febrero de 1978, *no casa* la de 29 de marzo de

Pág.

1977, originaria del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se condenó a Jaime Gallego Giraldo a la pena principal de 38 meses de presidio por los delitos concursantes de tráfico de estupefacientes y cohecho.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* 94

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. *El estatuto mayor protege y garantiza las formas propias del juicio, que no son otras que el principio de legalidad del delito, el de legalidad de la pena, el de favorabilidad y el de legalidad del proceso.* La Corte, por sentencia de 16 de febrero de 1978 *no casa* la de 15 de febrero de 1977 del Tribunal Superior de Armenia, que condenó a Gildardo Molina González como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 8 años y 6 meses de presidio.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* 98

VEREDICTO CONTRADICTORIO. La Corte, por sentencia de 20 de febrero de 1978, *no casa* la de 8 de julio de 1977 del Tribunal Superior de Santa Marta, que condenó a los procesados Esteban Javier Maury Misriki y Electo Miguel Misriki como responsables del delito de homicidio a la pena principal de 17 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 101

DOSIFICACION DE LA PENA. *La Ley Penal Colombiana faculta al juez para la determinación de la pena sobre la consideración de la peligrosidad del sujeto que supone que existe en el proceso.* La Corte, por sentencia de 20 de febrero de 1978 *no casa* la de 20 de abril de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a André Joseph Artur Mattieu a la pena principal de 4 años de presidio por violación al estatuto de estupefacientes.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 103

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. *Cuando se alega es preciso demostrar por el demandante que los errores alegados aparecen de manifiesto en los autos y que inciden sobre lo fundamental de la sentencia.* La Corte, por sentencia de 6 de marzo de 1978 *no casa* la de 1º de abril de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Libardo Nieto Velandia, Alcira Rodríguez Amaya e Israel Toro Mendoza a la pena principal de

Pág.

28 meses de presidio y a Alberto Devia Martínez a la pena principal de 24 meses de presidio por el delito de falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* 106

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. *Se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde.* La Corte, por sentencia de 6 de marzo de 1978 *no casa* la de 10 de diciembre de 1976 del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Luis Eduardo Bustos Facundo a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 110

ENTREGA Y DEVOLUCION DE VEHICULOS Y DEMAS MEDIOS DE TRANSPORTE DECOMISADOS, CONFORME AL DECRETO 1188 DE 1974. *A quien corresponde la carga de la prueba de la suma diligencia y cuidado.* La Corte, por sentencia de 13 de marzo de 1978 *casa parcialmente* la proferida por el Tribunal Superior de Cali de 1º de octubre de 1976, únicamente en cuanto dispone entregar la aeronave marca Cessna a la señora Adriana Magdalena Lee de Pérez y en su lugar dispone el decomiso definitivo de dicha avioneta y en favor de la nación.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* 114

INFORMES DE LA POLICIA JUDICIAL. *Su valor probatorio.* La Corte por sentencia de 13 de marzo de 1978, *no casa* la de 29 de abril de 1977 del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Paul Hernando y Ricardo Rodríguez Torres a la pena principal de 65 meses de presidio por el delito de robo.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* 121

NULIDAD. *Falta de defensa. Cómo opera.* La Corte, por sentencia de 14 de marzo de 1978, *no casa* la de 21 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Villavicencio, que condenó a Joaquín Elías Fernández Betancur a la pena principal de 9 años de presidio por violación al Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 125

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *Ha sido jurisprudencia constante de la Corte sostener que*

Pág.

no es posible, en los juicios en que interviene el jurado, alegar violación indirecta de la ley. La Corte, por sentencia de 15 de marzo de 1978, *no casa* la proferida el 16 de abril de 1977 por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que condenó a Isaías Cedeño Calderón a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gó-Botero.* 132

PENAS. *Cómo se gradúan. Circunstancias agravantes, delito continuado y circunstancias de mayor peligrosidad.* La Corte, por sentencia de 15 de marzo de 1978, *no casa* la de 10 de marzo de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Ramiro León Cifuentes Aguirre, a la pena principal de 38 meses de prisión como responsable del delito de abuso de confianza.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 135

FUGA DE PRESOS. *La función de custodiar o vigilar a un detenido, si bien está en la ley atribuida a determinados funcionarios, puede darse el caso que tal obligación se predique de quienes no tienen específicamente tal misión, como sería y lo es, en el caso de los jueces de cualquier categoría.* La Corte, mediante sentencia de 16 de marzo de 1978, *confirma* en su integridad la de 25 de agosto de 1977 del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó al doctor Luis Evelio Sánchez Rodríguez a la pena principal de 3 meses de arresto como responsable del delito de fuga de presos.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 142

ROBO. USO DE LLAVES. *Cuando se usan llaves sustraídas o falsas, ya se está en presencia, por voluntad de la ley (Código Penal, artículo 404), de una violencia no material o moral sino presunta.* La Corte, por sentencia de 16 de marzo de 1978, *no casa* la de 31 de marzo de 1977 del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Bernardo Bermúdez Sánchez y a Olmedo Ospina Delgado a la pena principal de 5 años de presidio como responsables del delito de robo. Con salvamento de voto de los doctores Jesús Bernal Pinzón y José María Velasco Guerrero.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* 146

PENAS. *Graduación. Homicidio imperfecto agravado.* La Corte por sentencia de 30 de marzo de 1978, *no casa* la de 10 de febrero de 1977 del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Humberto Avila Barragán a la pena principal de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio frustrado.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 152

VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA. *La primera no es posible como consecuencia de la errónea apreciación de pruebas que guarda pertinencia con la segunda.* La Corte, por sentencia de 31 de marzo de 1978, *no casa* la de 28 de febrero de 1977 del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Aldemar Rivera a 5 años de presidio como responsable del delito de robo.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* 155

CAMBIO DE RADICACION. *Esta medida se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial.* La Corte, por providencia de 18 de abril de 1978 *emite concepto desfavorable* al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de Pasto contra Emilio Sendales Campuzano, Crecencio Sierra Parra y Marta Elisa Niño, por el delito de robo en perjuicio de los intereses del Banco de la República.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 157

DOCUMENTO PUBLICO. *Su valor probatorio con respecto a los hechos de que da fe el funcionario.* La Corte, por sentencia de 21 de abril de 1978 *no casa* la de 4 de marzo del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Flor Ana Ruiz de Mora a la pena de 20 meses de prisión como responsable del delito de estafa cometido en perjuicio de María Libia Escobar Buriticá.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 160

IDENTIDAD FISICA DEL PROCESADO (artículo 114 del Código de Procedimiento Penal). TRANSITO DE LEYES. La Corte, por sentencia de 21 de abril de 1978, *casa parcialmente* la sentencia del 25 de abril de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual condenó a Jairo Enrique Arzayús, Gilberto Soto y José Enrique Soto y en su lugar los condena a la pena principal de 18 meses de prisión para cada uno de ellos en lugar de la de 12 meses a que

Pág.

habían sido condenados por el delito de hurto en perjuicio del señor Milton Londoño.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 165

(Salvamento de voto del doctor José María Velasco Guerrero). ... 168

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. *Infracción directa. Infracción indirecta.* La Corte, por sentencia de mayo 3 de 1978, *no casa* la de 9 de mayo de 1977 del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Eduardo Matta González a la pena principal de 28 meses de prisión como responsable de los delitos de contrabando impropio, falsedad en documentos y estafa.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 170

PERSONALIDAD DEL PROCESADO. *Cómo se demuestra la depravación y el libertinaje y en qué consisten.* La Corte, por sentencia de 3 de mayo de 1978 *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de 1º de abril de 1977 y que condenó a Moisés Labarcé Mercado como infractor a las prohibiciones del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, la pena de 38 meses de prisión, así como las accesorias de rigor.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 174

ALCALDES MUNICIPALES. *Sus facultades como funcionarios de Policía Judicial.* La Corte, por sentencia de mayo 5 de 1978 *nó casa* la sentencia interpuesta contra la de 9 de mayo de 1977 del Tribunal Superior de Buga y en la que se condenaron a diversas penas privativas de la libertad a los acusados Octavio Zuluaga Vargas y José Orlando Vargas Zuluaga como responsables de los delitos de homicidio y tentativa de secuestro.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* ... 177

DEMANDA EN FORMA. La Corte, por sentencia de 5 de mayo de 1978, *no casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de agosto de 1977, que condenó a Guillermo Augusto Dyer Junior por infracción al Decreto 1188 de 1974, a la pena principal de 3 años de presidio.

Magistrado ponente: *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 181

AVALUO PERICIAL. *El artículo 265 del Código de Procedimiento Penal no establece que el avalúo sea la única prueba para establecer el cuerpo del delito.* La Corte, por sentencia de 17 de mayo de 1978 *no casa* la del 13 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Adolfo León Lerma González a la pena de 6 años de presidio como responsable del delito de robo.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 184

PRESCRIPCION EN EL DELITO DE CONTRABANDO IMPROPIO. *Este delito es de los llamados de tracto sucesivo o permanente, en cuyo caso la prescripción, por mandato expreso del artículo 9º del E. P. A. comenzará a correr desde aquella fecha en que se haya aprehendido la mercancía.* La Corte, por sentencia de 17 de mayo de 1978 *no casa* la de 11 de julio de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas y que condenó a Gustavo Neira Parra a la pena principal de 24 meses de presidio, como responsable de los delitos de contrabando y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 189

REVISION. *Causal tercera. Falsedad del testimonio.* La Corte, por providencia de 30 de mayo de 1978, *niega la revisión* propuesta por el apoderado del procesado Rafael Antonio Pardo o Garay, con relación a la causa que se le adelantó por el delito de robo en los juzgados Promiscuo Municipal de Guayabal de Síquima y Penal del Circuito de Villeta.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* ... 193

CASACION. *(Causal 4ª, numeral 4º, artículo 580). Autos como grados de consulta.* La Corte, por sentencia de 31 de mayo de 1978, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha 22 de julio de 1977 y que condenó a Alvaro Helí Gacha Moreno por el delito de homicidio, a la pena principal de 8 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 197

PREVARICATO. *Se requiere la ostensible contrariedad a la ley. La violación no puede ser fruto del exceso de celo sino la intención manifiesta de actuar contra lo dispuesto por la ley.* La Corte, por auto de 1º de junio de 1978, resuelve *confirmar* el llamamiento a juicio por el delito de abuso de autoridad y el sobreseimiento definitivo por prevaricato y *revocar* el sobreseimiento defi-

Pág.

nitivo por falsedad en documento y en su lugar sobreseer temporalmente al doctor Germán Montejo Ortiz en su condición de Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal por los cargos que se le hicieron.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* 200

CONCURSO DE DELITOS. *Entre delito contra la economía nacional y la estafa.* La Corte, por sentencia de 6 de junio de 1978, *no casa la de* 23 de mayo de 1977 originaria del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Alberto Sánchez Rojas por el delito de estafa, en la modalidad de continuado, a la pena principal de 42 meses de prisión.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 207

IMPEDIMENTOS Y RECUSACION. *No debe confundirse al Juez o Magistrado impedido, con el Juez o Magistrado que tiene un motivo de impedimento.* La Corte, mediante providencia de 8 de junio de 1978, *no casa* la del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Arturo Afanador a la pena principal de 3 años de presidio como responsable de la violación del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* 215

REVISION. *Nuevas pruebas no conocidas al tiempo del debate. Valor probatorio.* La Corte, por providencia de 9 de junio de 1978 *resuelve negar* el recurso de revisión intentado en favor de Alfonso Castañeda Colorado, quien fue condenado por delito de homicidio-asesinato, quien fue condenado por el Tribunal Superior de Pereira.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 221

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *(Numeral 1º, inciso 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Es de exigencia técnica en el recurso de casación, por ser de lógica jurídica, que cuando se acude a la violación indirecta de la ley para demostrar errores de hecho y de derecho, es menester desquisiar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal.* La Corte, por sentencia de 9 de junio de 1978, *no casa* la del 27 de julio de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Pablo Alfonso Melo Heredia y a otros como infractores del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 a las penas principales de 3 años y 6 meses de presidio.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* 227

VIOLACION INDIRECTA. *En la violación indirecta no basta señalar las pruebas sobre las cuales recae el error de hecho o de derecho, sino que es menester indicar la clase de pruebas de que se trata y las normas probatorias conculcadas. Consonancia del auto de proceder con la sentencia.* La Corte, por sentencia de 9 de junio de 1978, *casa parcialmente* la del Tribunal Superior de Bogotá de 13 de junio de 1977 y condenó a Iván Morón Velásquez, a la pena principal de 5 años y 8 meses de presidio, y en su lugar lo condena a 4 años y 6 meses de prisión por los delitos de robo y lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* 232

NULIDADES. *En cuanto a la identidad del ofendido, el lugar de los hechos y la época de los mismos.* La Corte, por sentencia de 9 de junio de 1978, *no casa* la del 3 de marzo de 1977 del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a José Gilberto Andrade Castaño y Ester Julia Carvajal de Alvarez a las penas principales de 2 años, 6 meses y 10 días de presidio como responsables de los delitos de falsedad en documentos y abuso de confianza.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 236

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. *Sus diferencias. Deberes del recurrente frente a las dos violaciones.* La Corte, por sentencia de 15 de junio de 1978, *no casa* la del Tribunal Superior de Medellín del 18 de febrero del año de 1977, que condena a Raúl Alveiro Giraldo Porras a la pena principal de 7 años de presidio como autor responsable de los delitos de robo y encubrimiento.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 244

ROBO. *La jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que las circunstancias especiales de agravación del robo calificado (artículo 404), son excluyentes en el sentido de que no pueden concurrir con las señaladas en el artículo 403, porque éstas sólo concurren con el robo común.* La Corte, por sentencia de 19 de junio de 1978, *casa parcialmente* la del Tribunal Superior de

Pág.

Buga de 21 de abril de 1977, que condenó a Augusto Emel Ramírez Restrepo a la pena de 7 años y 8 meses de presidio por el delito de robo y en su lugar a 6 años y 8 meses de presidio, y al pago de perjuicios.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 251

Salvamento de voto de los doctores Luis Enrique Romero Soto y Dante L. Fiorillo Porras.

COLISION DE COMPETENCIAS. *Delito continuado. Cuando las acciones sumadas revelan un mismo designio, se da el delito continuado. Giro múltiple de cheques.* La Corte, por auto de 23 de junio de 1978, *dirime* el conflicto positivo de competencias en el sentido de asignar el conocimiento al Juzgado Tercero Superior de Manizales en los procesos acumulados seguidos contra Oliverio Castaño Valencia o Jairo García Sierra, por el giro de cheques en talonario robado y extraviado.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*. 255

FALSEDAD. *Por destrucción, supresión y ocultación de un documento.* La Corte, por sentencia de 19 de julio de 1978, *no casa* la sentencia de 25 de agosto de 1977 del Tribunal Superior de Neiva, que condenó al procesado Albán Home Trueque, como autor y responsable de los delitos de falsedad y peculado, a la pena principal de 70 meses de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 257

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. *La consagrada en el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal.* La Corte, por sentencia de 24 de julio de 1978, *no casa* la de 22 de marzo de 1977 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a Marvi Ramírez Flórez, Robert Lee Kelly, Breck Dana Anderson, Carlos Julio Bolívar y Eduardo Rodríguez, a penas privativas de la libertad de presidio y relegación a colonia agrícola penal, como responsables por las violaciones a los Decretos 522 de 1971 y 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 263

INDAGATORIA. *El hecho de recibirla en lugar distinto del Juzgado, no constituye nulidad, ni delito de falsedad, si se demuestra que fue tomada por el funcionario competente para formar la sumaria.* La Corte, por sentencia de 27 de julio de 1978, *no casa* la del 11 de julio de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó a los procesados José Lustano Pulido Mesa, Luis Eduardo Rodríguez Rojas y Antonio Olmedo Henao Bautista, a las penas principales de 5 años y medio de presidio como autores y responsables de los delitos de robo y lesiones personales.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 269

COMPLICES Y COAUTORES. *El numeral 9º del artículo 37 del Código Penal resulta igualmente aplicable a los cómplices y a los coautores.* La Corte, por sentencia de 31 de julio de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Eugenio Bastos Bermúdez, contra la sentencia de 18 de octubre de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que lo condenó junto con Andrés Ramírez Ramírez, a la pena principal de 5 años de presidio como infractor al Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 275

JUZGAMIENTO DE LOS CIVILES AL SERVICIO DE LAS FUERZAS MILITARES, QUE COMETAN DELITO COMUN CUANDO EL PAIS ESTA EN ESTADO DE SITIO. *Corresponde su juzgamiento a las Fuerzas Militares.* La Corte, por sentencia de 2 de agosto de 1978, *casa parcialmente* la sentencia de 8 de noviembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior Militar que impuso a Marco Antonio López Pérez la pena de 34 meses de prisión por el delito de violencia carnal y en su lugar lo condena a la de 26 meses de prisión.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 279

ERROR DE HECHO. *Sus formas.* La Corte, por sentencia de 17 de agosto de 1978 *no casa* la de 14 de marzo de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jaime Londoño Piedrahíta a la pena principal de 36 meses de presidio, como responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa, en concurso material.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*. 284

INDICIOS. *Valor probatorio. Un solo indicio no constituye plena prueba, dos o más pruebas incompletas son plena prueba.* La Corte, por sentencia de 18 de agosto de 1978 *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pro-

Pág.

ferida por el Tribunal Superior de Aduanas el 30 de marzo de 1977, que condenó a Antonio Sandoval Avila y a Alfredo Gómez López, por los delitos de contrabando y cooparticipación.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 288

VIOLACION INDIRECTA. *Ordinal 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. No se puede alegar en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.* La Corte, por sentencia de 24 de agosto de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 18 de mayo de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Luis Javier Muñoz Fernández, por el delito de homicidio agravado.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 301

DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS. *Falsedad.* La Corte, por sentencia de 24 de agosto de 1978, *no casa* la de 23 de abril de 1977 del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Gerardo Restrepo Posada y a Hernando Martínez Huertas, a las penas principales de 3 años de presidio como responsables de los delitos de falsedad en documentos públicos y privados.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* ... 305

VIOLACION DIRECTA. *Su demostración.* La Corte, por sentencia de 31 de agosto de 1978, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 8 de noviembre de 1977, que condenó a la pena principal de 16 años de presidio a Jaime Silva Sanabria como responsable del delito de homicidio en la persona de Rosalina Calderón.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 318

EXTRADICION. *Sus requisitos. Ius sanguinis. Ius solis.* La Corte, por auto de septiembre 1º de 1978, *emite concepto favorable* a la petición de extradición del señor Laurent Fiocconi o Laurent Rojas Fiocconi, solicitada por el Ministerio de Justicia, de conformidad con el Oficio número 1755 de 19 de octubre del año de 1977, y para efectos previstos en el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* ... 322

VEREDICTO. *Veredicto contradictorio y veredicto contraevidente.* La Corte, por sentencia de 7 de septiembre de 1978, *no casa* la de 29 de julio

Pág.

de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Ignacio Cepeda Guevara a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 328

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO. *Técnica en su demostración.* La Corte, por sentencia de 8 de septiembre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 18 de febrero del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de Medellín y que absolvió a Alicia Burgos viuda de Rodríguez por el delito que consagra el artículo 38, ordinal 1º del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 331

INFRACCION INDIRECTA. *No es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.* La Corte, por sentencia de 8 de septiembre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 31 de enero del mismo año originaria del Tribunal Superior de Medellín y que condenó a Luis Hernando Morales Rincón (alias Chavero) a la pena principal de 7 años de presidio como responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 334

NULIDADES. DEFECTOS PROCESALES. *Sus diferencias.* La Corte, por sentencia de 19 de septiembre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 25 de julio de 1977, originaria del Tribunal Superior de Bucaramanga y que condenó a Apolinar Rivera, Milton Ferreira y Carlos Abel Galeano, por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 339

ESTAFA. ABUSO DE CONFIANZA. *Diferencias.* La Corte, por sentencia de septiembre 19 de 1978, *casa* la proferida el 19 de enero del mismo año por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jorge Mayorga Díaz a la pena principal de 2 años de prisión por el delito de estafa y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder inclusive y ordena devolver los autos al Tribunal de origen.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* ... 345

Pág.

ESTADO DE NECESIDAD. *Sus elementos. Confesión como prueba única.* La Corte, por sentencia de 20 de septiembre de 1978, *resuelve casar* la sentencia de 22 de noviembre de 1977 del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Luz Dary Duarte Lozada a la pena principal de 35 meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad y estafa, y en su lugar la absuelve de todos los cuales, por los cuales se llamó a responder en juicio, decretando su libertad incondicional.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* ... 350

HURTO Y ROBO. *Sus diferencias. El criterio que informa dicho factor compositivo del delito de robo, es objetivo.* La Corte, por sentencia de 21 de septiembre de 1978, *no casa* la de 6 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó a los soldados Jorge Luis Pava Rangel, Julio César Santos López y Gustavo Mantilla Herrera, a la pena principal de 24 meses de prisión como responsables del delito de hurto militar.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 356

PRUEBA TESTIMONIAL. *La prueba testimonial no está sujeta al sistema tarifario que el legislador prescribió para otras.* La Corte, por sentencia de 28 de septiembre de 1978, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la de 15 de septiembre de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Carlos Alberto Robledo Ocampo por el delito de robo.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 359

AUTO CABEZA DE PROCESO. *Su contenido. Cuándo existe y cuándo no.* La Corte, por sentencia de 28 de septiembre de 1978, *no casa* la del 26 de octubre de 1977 del Tribunal Superior Militar que condenó a Uriel Augusto Ramírez Rincón a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 365

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. CUERPO SEGUNDO. *Qué elementos debe demostrar el autor para que prospere la demanda.* La Corte, por sentencia de 28 de septiembre de 1978, *no casa* la del Tribunal de Ibagué que condenó al doctor Humberto Niño Rodríguez a la pena principal de 2 años de presidio como responsable del delito de peculado en la modalidad de apropiación.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* ... 368

REPOSICION. *Cómo se tramita. Quién debe fallar el recurso.* La Corte por providencia de 2 de octubre de 1978, confirma el auto de 14 de febrero del mismo año del Tribunal Superior de Cartagena que resolvió abstenerse de abrir investigación penal contra el doctor Alfredo García Muentes, por considerar que los hechos por los cuales fue denunciado no son constitutivos de delito.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* ... 375

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA. *Requisitos para concederla.* La Corte por providencia de 4 de octubre de 1978 concede al sentenciado Juan Fernando Góngora Arciniegas el beneficio de libertad caucionada, siempre y cuando preste caución por cuantía de cien pesos ($ 100.00) y no exista motivo de privación de la misma por proceso diferente a éste.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* ... 381

FALSEDAD POR OCULTAMIENTO. *Delito perfecto. Delito imperfecto.* La Corte, por sentencia de 4 de octubre de 1978, *casa parcialmente* la sentencia de 10 de febrero de 1977 del Tribunal Superior de Villavicencio, que condenó de Marco Antonio Ocampo Espinosa a la pena principal de 54 meses de presidio y 5 años de relegación a colonia agrícola, mas las accesorias de rigor, y en su lugar dispone condenarlo a la pena principal de 3 años de presidio como autor y responsable del delito de falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 383

Con salvamento de votos de los doctores *Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Dante L. Fiorillo Porras y José María Velasco Guerrero;* y como Conjuez el doctor *Jesús Estrada Monsalve.* ... 386

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. *Violación directa. Violación indirecta.* La Corte, por sentencia de 5 de octubre de 1978, *no casa* la sentencia de 18 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó al procesado Luis Fernández Fernández a la pena principal de 40 meses de presidio como res-

Pág.

ponsable del delito de homicidio en la persona de Marco Aurelio Salas.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* 388

CURADOR AD LITEM. *Es propio en Derecho Civil pero impropio en Derecho Penal.* La Corte, por sentencia de 10 de octubre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de junio del año de 1977 del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a los procesados Armando Serrato Vásquez, Edgar Barrios y Jesús Elías Chávez como autores y responsables de los delitos de secuestro y homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* 390

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. *Se debe alegar por la causal cuarta y no por la causal primera.* Por sentencia de 10 de octubre de 1978, la Corte *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 15 de noviembre de 1977 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó al procesado Silvano Santana Peña por el delito de falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* 396

EXTRADICION. *Requisitos para concederla.* La Corte, mediante providencia de fecha 11 de octubre de 1978 *conceptúa* desfavorablemente la extradición del señor Enrique Dobry Bergrum, solicitada por el Gobierno de Chile.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 399

DOCUMENTO PUBLICO. *Todo funcionario que en el ejercicio de sus funciones deba elaborar un escrito que implique un ejercicio de éstas, lo dota de calidad de documento público.* La Corte, por sentencia de 19 de octubre de 1978, *no casa* la sentencia proferida el 4 de noviembre de 1977 por el Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Marcos Parada Guerra a la pena principal de 38 meses de presidio por los delitos de peculado y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* 402

COLISION DE COMPETENCIAS. *Delitos contra la asistencia familiar. Se deben tener en cuenta dos factores: a) Residencia del titular del derecho. b) El inicio o desarrollo de la acción delictiva.* La Corte, por providencia de 20 de octubre de 1978 dirime el conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá y Segundo Penal Municipal de Vélez, declarando que *este último* es el competente para continuar conociendo de este proceso contra Jaime Cepeda Matiz por el delito de inasistencia familiar.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 407

HURTO DE USO. *Qué es y cómo se configura. Legislación al respecto.* La Corte, por sentencia de 20 de octubre de 1978 *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día 3 de diciembre de 1977, que condenó a José Vicente Contreras Julio, a la pena principal de 16 meses de prisión como responsable del delito de hurto.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* 409

SECUESTRO. EXTORSION. CONCURSO DE DELITOS. SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO COMPLEJO. ESTRUCTURA DEL DELITO COMPLEJO (Ley 21 de 1973). *Examen de las normas sobre secuestro con fines de lucro. La reforma introducida por la Ley 21 de 1973 en cuanto elevó a la categoría de circunstancia especificadora de agravación del delito de secuestro definido y sancionado en el artículo 293 del Código Penal; eliminó la posibilidad de un concurso de delitos (secuestro y extorsión) y creó una figura nueva del delito que perfecta mente encaja dentro de la estructura del llamado delito complejo (La Corte cambia de doctrina).* La Corte, por sentencia de 25 de octubre de 1978 *casa parcialmente* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada el 19 de enero de 1977, que condenó a Gerardo Antonio Vanegas, Julio César Zapato y otros, por los delitos de secuestro y extorsión y en su lugar los condena a la pena principal de 8 años, 11 años, respectivamente, como responsables de los delitos de secuestro y lesiones personales, y los absuelve en cuanto dice relación al delito de extorsión.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* 412

Con salvamento de voto de los doctores *Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto y Pedro Elías Serrano Abadía.* 436

CAUSAL CUARTA DE CASACION. *Falta de defensor del procesado.* La Corte, por sentencia de 26 de octubre de 1978, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá

Pág.

de 8 de marzo del mismo año que condenó a Cenón Fajardo García a la pena principal de 15 años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su menor hijo Luis Felipe Fajardo Mahecha.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* ... 439

DECLARACION DEL OFENDIDO. *Su valor probatorio. No es indicio. Es un verdadero testimonio.* La Corte, por sentencia de 26 de octubre de 1978, *no casa* la sentencia de 30 de enero del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los recurrentes Carlos Antonio Cruz Rojas y José Alonso Ortiz Sepúlveda, a la pena principal de 5 años y 2 meses de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto.* ... 443

VEREDICTO DEL JURADO. *Su interpretación cuando es más o menos incompleto. Premeditación frente al artículo 28 del Código Penal.* La Corte, por sentencia de 26 de octubre de 1978, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja de 22 de noviembre de 1977, que condenó a Gumercindo Piñeros Morales a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 446

CASACION. *Técnica para sustentar el recurso de casación. Violación directa. Violación indirecta. Demanda en forma.* La Corte, por sentencia de 26 de octubre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la de 30 de enero del mismo año, que condenó a la recurrente Lilia del Socorro Serna Echeverri a la pena principal de 3 años de presidio como responsable del delito de falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 449

PARTE CIVIL. *Aceptación de la demanda. Juez competente para su admisión.* La Corte, por sentencia de 2 de noviembre de 1978, *no casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de 23 de agosto de 1977, que condenó a los procesados Roberto y Juan de Jesús Arias Ayala, a la pena principal de 24 meses de prisión como autores y responsables del delito de hurto.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 453

Pág.

ERROR DE DERECHO. ERROR DE HECHO. *Sus requisitos. Cómo prospera.* La Corte, por sentencia de 3 de noviembre de 1978, *no casa* la del 15 de febrero del mismo año proferida por el Tribunal Superior de Tunja que condenó a Pedro Humberto Amézquita Corredor, por el delito de falsedad, a la pena principal de 2 años de prisión.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 457

POLICIA JUDICIAL. *Sus funciones. Quiénes la componen. Su valor probatorio.* La Corte, por sentencia de 10 de noviembre de 1978 *no casa* la proferida por el Tribunal Superior Militar el 9 de agosto de 1977, que condenó a José Joaquín Calderón Hernández, por el delito de homicidio a la pena principal de 8 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 460

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. *Para que constituya, se requiere que el auto haya incurrido en un error respecto a la calificación genérica del delito.* La Corte, por sentencia de 10 de noviembre de 1978, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Medellín y que condenó a los recurrentes Julio César García Alvarez, Víctor Castrillón, Bernardo Henao Peña, Luis Alberto Alvarez, José Luis Arango, Jairo de Jesús Bustamante Márquez, Alfonso de Jesús Restrepo Ruiz, Antonio Henao Peña, Hernando de Jesús o Hernán de Jesús Echavarría Jaramillo, Jesús Evelio Castaño Carmona y Julia Morales Bernal, como autores y responsables de los delitos de secuestro, extorsión y robo.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 464

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD. *Legalidad del procedimiento.* La Corte, por sentencia de 13 de noviembre de 1978, *casa* la sentencia de 4 de noviembre de 1977, originaria del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Luis Eduardo Adán Arévalo a la pena principal de 18 meses de prisión como responsable de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad y en su lugar lo absuelve de todo cargo.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 472

Pág.

REFORMATIO IN PEJUS. *Cómo opera con la Ley 17 de 1975.* La Corte, por medio de sentencia de 15 de noviembre de 1978 *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín de 22 de julio del mismo año que condenó a Eleázar de Jesús Vélez (alias José Cifuentes), a la pena principal de 3 años y 3 meses de presidio por los delitos "contra la salubridad pública y cohecho".

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* ... 484

Salvamento de voto del doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* ... 489

DOCUMENTO PUBLICO. *Lo que cuenta para confirmar un documento público, es su emisión por funcionario que tenga esta calidad, como atributo propio o asimilado, que actúe en ejercicio de sus funciones y cumpla con las formalidades de ley para su perfeccionamiento.* La Corte, por sentencia de 24 de noviembre de 1978, *no casa* la del Tribunal Superior de Buga dictada en contra de los recurrentes Alcibíades Libreros González y Héctor Fabio Durán Valencia de fecha 24 de agosto del mismo año por los delitos de estafa y falsedad.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* ... 493

AUTO DE PROCEDER. *Sus requisitos (artículo 481 del Código de Procedimiento Penal). Cómo se redacta.* La Corte, por sentencia de 30 de noviembre de 1978, *no casa* la del Tribunal Superior de Tunja de 27 de septiembre de 1977, que condenó a Claudio Ignacio Alfonso Martínez a la pena principal de 8 años de presidio como autor responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* ... 499

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. *La resolución que convoca a un Consejo de Guerra Verbal, no presupone una investigación previa o una etapa sumarial propiamente dicha, por lo que la mentada resolución no puede ser tenida ni considerada como auto de proceder en strictu sensu.* La Corte, por sentencia de 30 de noviembre de 1978 *no casa* la de 16 de diciembre del año anterior proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó a José María Cadena Díaz a la pena principal de 8 años de presidio como autor y responsable del delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.* ... 502

Pág.

JUECES DE HECHO. *Sus facultades. Incompetencia del* iure *para rebasar el cuestionario. El* iure *puede y debe decidir sobre la responsabilidad del procesado, pero le está vedado calificar los hechos.* La Corte, por sentencia de 30 de noviembre de 1978, *casa parcialmente* la sentencia de 29 de noviembre de 1977 del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a los procesados Roberto Pabón Pabón, Gregorio Landazábal Pabón, Luis Alberto Villamizar Pabón y Francisco Rojas Pérez como autores responsables de los delitos de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero.* ... 506

Con salvamento de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 511

CONFESION. *Versión dada por el retenido a la Policía Judicial. Valor probatorio de la confesión y de la versión frente a los artículos 269 del Código Penal y 289, numeral 8º de la misma obra. Qué es confesión judicial para que pueda tener valor de presunción legal y qué requisitos debe tener. Qué se entiende por procesado. Sus requisitos.* La Corte, por sentencia de 4 de diciembre de 1978, *no casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de 20 de junio de 1977, que condenó a Víctor Merlano Miranda y Orlando Carbonel Flórez, a las penas principales de 48 meses de presidio como autores y responsables de los delitos de robo.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón.* ... 514

NULIDAD POR ERRADA ELABORACION DE LOS CUESTIONARIOS DEL JUZGADO AL JURADO DE CONCIENCIA *(artículo 533 del Código de Procedimiento Penal).* La Corte, por sentencia de 5 de diciembre de 1978, *casa* la sentencia de 30 de mayo de 1977 del Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó al recurrente Juan Angulo Tinoco a la pena principal de 10 años y 6 meses de presidio como autor y responsable del delito de homicidio y en su lugar dispone declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la fecha de la audiencia pública inclusive y ordenar la realización de una nueva con jurados distintos.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* ... 518

PREVARICATO. *Para que esta infracción se cometa, es necesario que la promesa de fidelidad a la ley se quebrante, no de cualquier manera (como el delito de colusión), sino en la oportu-*

Pág.

nidad y en la forma expresa y taxativamente señalada en el Código Penal. COHECHO. *Está integrado por los siguientes elementos: 1º) Que el sujeto activo sea funcionario público. 2º) Que reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o cualquier otra dádiva o promesa remuneratoria, y 3º) Que la dádiva o promesa sea con el fin de hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones.* La Corte, por sentencia de 7 de diciembre de 1978 *dispone* absolver al doctor Guillermo Angulo González de todos los cargos por los que fue llamado a juicio el día 17 de agosto del año de 1977 como autor y responsable de los delitos de cohecho y prevaricato. En esta sentencia salvaron el voto los doctores *Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero y Luis Enrique Romero Soto* y fue Conjuez de la Sala el doctor *Tarcicio Roldán Palacios.*

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.* 423

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTE
LIBRO EN SEPTIEMBRE DE 1984