REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXXIII — — NUMERO 2412

BOGOTA, D. E., COLOMBIA — AÑO 1983

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL



"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas on saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXXIII NUMERO 2412

BOGOTA, D. E., COLOMBIA — AÑO 1983

Impreso en Colombia Printed in Colombia

Editorial Penicentral de Colombia Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia

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

1983

SALA PLENA

Doctores: *José Eduardo Gnecco Correa,* Presidente
Fabio Calderón Botero, Vicepresidente
Rafael Reyes Negrelli, Secretario

SALA CIVIL

Doctores: *Jorge Salcedo Segura,* Presidente
Rafael Reyes Negrelli, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga - Horacio Montoya Gil
Héctor Gómez Uribe
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Jorge Salcedo Segura

SALA PENAL

Doctores: *Alfonso Reyes Echandía,* Presidente
Lucas Quevedo Díaz, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores
Luis Enrique Aldana Rozo
Fabio Calderón Botero
Dante L. Fiorillo Porras
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Alfonso Reyes Echandía
Pedro Elías Serrano Abadía
Darío Velásquez Gaviria

SALA LABORAL

Doctores: *Manuel Enrique Daza Alvarez,* Presidente

Bertha Salazar Velasco, Secretaria

MAGISTRADOS: Doctores

Jerónimo Argáez Castello

César Ayerbe Chaux - Ismael Coral Guerrero

Manuel Enrique Daza Alvarez

José Eduardo Gnecco Correa

Juan Hernández Sáenz

Fernando Uribe Restrepo

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: *Ricardo Medina Moyano,* Presidente

Pablo Mariño Angel, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Manuel Gaona Cruz

Carlos Medellín Forero

Ricardo Medina Moyano

Luis Carlos Sáchica

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORES:

Doctores: *Amelia Barrera de Gáfaro,* Sala Civil

Helda Charry de Valencia, Sala Penal

Esperanza I. Márquez Ortiz, Sala Laboral

Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional

Tomo CLXXIII - Bogotá, D. E., - Colombia - Año 1983 - Número 2412

SALA DE CASACION PENAL

CONCUSION

Es tipo de sujeto activo cualificado; ha de existir relación causal entre el cargo funcional y la conducta de inducción, constreñimiento y solicitud de dinero o utilidad indebidos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 2.

Vistos:

Mediante providencia del 16 de julio de 1982 el Tribunal Superior de Buga sobreseyó temporalmente al doctor *Hernando Bonilla Osorio,* Exjuez Quince de Instrucción Criminal de Sevilla, a quien se imputa delito de concusión. Contra esa providencia recurrió en apelación el fiscal.

Hechos:

Se acusa al doctor Hernando Bonilla Osorio de haber sugerido la entrega de veinticinco mil pesos ($25.000.00) para facilitar la liber-

tad de Rosemberg Ospina quien se encontraba detenido por cuenta del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla.

Resultandos:

Alvaro Marín Izquierdo, empleado de la Caja Agraria de Sevilla, relata que habiéndose encontrado con el señor Lino Giraldo, vendedor de joyas, y enterado éste de que en la cárcel se encontraba Rosemberg Ospina, amigo suyo, se ofreció para arreglar el problema con la ayuda de una persona que trabajaba en un juzgado, si le conseguía veinte mil pesos ($ 20.000.oo), que luego incrementó en cinco mil más. Más tarde le presentó a un doctor de apellido Bonilla como la persona que le ayudaría a salir de la cárcel a Rosemberg, Al día siguiente volvió el doctor Bonilla para informarle que Rosemberg posiblemente salía ese mismo día y que tuviera listo el dinero. Sin embargo, la operación no se realizó porque un empleado del juzgado donde cursaba el proceso contra Rosemberg Ospina fue enterado de lo que sucedía por Lino Giraldo y, a su vez, informó a su jefe el doctor Olmedo Gómez Trujillo quien denunció los hechos.

Lino Giraldo niega las imputaciones de Marín Izquierdo y afirma que habló con él de los honorarios del abogado que atendía a Rosemberg Ospina, pero que en ningún momento solicitó dinero para él ni para el doctor Bonilla.

Hernando Bonilla Osorio afirma también que la imputación es falsa, que fue a la Caja Agraria para atender asuntos personales y que habló con Marín Izquierdo sobre la situación de Rosemberg Ospina pero sin que le hubiese solicitado dinero alguno para intervenir en su favor.

El Tribunal, al calificar el mérito del sumario, optó por un sobreseimiento temporal del procesado Bonilla Osorio al considerar que los elementos probatorios que ofrece la investigación, no permiten solución distinta.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal opina que los hechos imputados a Bonilla Osorio no configuran delito de concusión sino, tal vez, de tráfico de influencias y que, por consiguiente, no tratándose de un delito de competencia del Tribunal por razones de fuero, la Corte debe abstenerse de conocer del mismo.

Alegó también ante esta Sala el apoderado del procesado quien, luego de prolijo análisis de la prueba y de algunas consideraciones doctrinales, llega a la misma conclusión del Tribunal y solicita, consecuencialmente, que se confirme el auto recurrido, a menos que la Sala considere que se está frente a un delito de tráfico de influencias, en cuyo caso sería incompetente para conocer de este asunto.

Considerandos:

1. *El tipo de concusión descrito en el artículo 140 del Código Penal es de sujeto activo calificado (empleado oficial) y exige que el actor realice la conducta en él descrita "abusando de su cargo o de sus funciones", lo que significa que no basta que el autor del comportamiento*

tenga la calidad de funcionario público sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales; ha de existir, entonces, una relación causal entre el cargo y las funciones que le son ajenas, y el comportamiento de inducción, constreñimiento o solicitud de dinero o cualquiera otra indebida utilidad.

2. La realidad procesal demuestra en el presente caso que el doctor Bonilla Osorio no actuó ante Marín Izquierdo como funcionario público (Juez Quince de Instrucción Criminal), ni ofreció interponer su condición de tal para que el Juzgado Segundo Penal del Circuito —con quien no tuvo contacto alguno— resolviese favorablemente la situación jurídica de Rosemberg Ospina, por una contraprestación económica reclamada, inducida o solicitada. Si pretendió actuar como intermediario entre aquél y éste no lo hizo en ejercicio de sus funciones ni abusando de su cargo. Por este aspecto, pues, la conducta que se le imputa no configuraría concusión, aunque podría adecuarse al tipo penal de "tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo", que describe el artículo 147 del Código Penal, como bien lo sugiere el Procurador Delegado.

3. Ahora bien como quiera que conforme al artículo 33 del Código de Procedimiento Penal los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen de los procesos penales que se sigan, entre otros, a jueces de instrucción criminal "por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas", síguese que en el presente caso no habiendo actuado el procesado en tales condiciones, el delito que se le atribuye es de carácter común y no tiene la cualificada competencia de tales entidades en primera instancia, ni de ésta en segunda.

En tal orden de ideas se ha incurrido en la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y así debe declararse.

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

Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de cierre de investigación.

Ejecutoriada esta providencia dispónese el envío del proceso, por intermedio del Tribunal Superior, a los Jueces Penales del Circuito (reparto).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras, Horacio Gómez Aristizábal, Conjuez; *Gustavo Gómez Velásquez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INASISTENCIA ALIMENTARIA

Se rige por la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción. Es delito de carácter permanente y de tracto sucesivo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 2.

Vistos:

Resolverá la Sala colisión negativa de competencias entre los Juzgados 32 Penal Municipal de Bogotá y Primero Penal Municipal de Montería.

Hechos:

En el mes de abril de 1981 *Lucila Muñoz Rodríguez* presentó denuncia penal en Bogotá, en representación de sus menores hijos *Oscar Andrés y Andrea María,* contra el padre de estos *Antonio María Martínez Montero* —residente en Tierralta Departamento de Córdoba—, por inasistencia alimentaria.

Resultandos y considerandos:

1. En el momento procesal de calificar el mérito del sumario, el Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá consideró que no era competente para hacerlo porque "según lo manifestado por la denunciante los hechos tuvieron ocurrencia en Montería" (fl. 53).

2. Por su parte, el Juzgado Primero Penal Municipal de Montería manifestó en auto del tres de diciembre pasado que conforme al artículo 663 del Código de Procedimiento Penal la competencia para esta clase de procesos es la de la residencia del titular del derecho y que como los menores afectados viven en Bogotá con su madre, es a los jueces de tal ciudad a quienes les compete decidir; por tal razón no aceptó la colisión planteada y dispuso el envío del expediente a esta Corporación para desatar el conflicto (fls. 56/8).

3. *Con el objeto de favorecer a la parte desvalida quiso el legislador de 1968 (Ley 75) y lo ratificó el de 1971 (Decreto 409) que la*

competencia para conocer de los delitos contra la asistencia familiar se rigiera por "la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción"; sobre tal supuesto normativo, dispuso que los jueces Penales Municipales del respectivo territorio judicial conociesen en primera instancia de tales investigaciones (art. 663 del C. de P. P.). Ahora bien, el titular del derecho a que se refiere tal disposición no es otro que la persona del alimentario, vale decir, aquél a quien por ministerio de la ley civil (art. 411, C. C.) le asiste el derecho de reclamar alimentos y respecto del cual el alimentante ha incumplido tal deber en condiciones señaladas por la ley penal (art. 263, C. P.).

De otra parte, como el de inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo, que comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, se prolonga durante todo el tiempo de la omisión, el "momento de cometerse la infracción" mencionado por el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal ha de entenderse como todo el período durante el cual el alimentante ha incumplido su obligación legal alimentaria, pues mientras ello ocurra el hecho punible se está cometiendo.

4. Ostensible aparece en el expediente (fls. 3 y 8) que al presentarse la denuncia penal, los menores alimentarios residían en la ciudad de Bogotá (carrera 52 Nº 78-36) y que de conformidad con lo manifestado por su madre en aseveraciones no desvirtuadas en lo sustancial por el sindicado, éste no le enviaba mesadas desde hacía varios meses y la omisión persistía en la fecha de la denuncia. Resulta, pues, meridianamente claro que la competencia para conocer de este proceso radica en el Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá: En tal sentido se dirimirá la colisión planteada.

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

Declarar que el Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá es el competente para conocer de este proceso. Envíesele el expediente y comuníquese esta decisión al Juzgado Primero Penal Municipal de Montería.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Cuando se trata de suscitar una colisión de competencias, el funcionario que así procede no puede tomar determinaciones de carácter anulatorio

Actuar así constituye una viciosa anticipación de funciones que, a la postre, carece de efectiva aplicación y sólo introduce en el trámite motivos de confusión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 5 de 25 de enero de 1983.

Vistos:

Este proceso adelantado contra *Laureano Restrepo Rodríguez* (a. Carlos o Alberto o Jaime o Miguel o Asdrúbal o Charles) y otros, por delitos conexos con los de "rebelión", concluyó con sentencia fechada el 18 de enero de 1982, proferida por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, reunido al efecto en la Octava Brigada, Armenia (Quindío).

Al cumplirse la revisión de este fallo, el Tribunal Superior Militar, por haberse levantado el estado de sitio, remitió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Quindío), para lo de su cargo.

Esta Corporación, al definir un incidente excarcelatorio, en proveído de 20 de octubre del año en referencia, declaró la nulidad de lo actuado "desde el folio 1262 del cuaderno 3º del tomo 4º que contiene el concepto jurídico del Auditor Auxiliar de Guerra número 15, y que sirvió de fundamento a la providencia que dispuso la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra de los acusados, proferida por la Octava Brigada y fechada en diciembre 14 de 1981 (fl. 1373 cuaderno citado)". Además, manifestó que el competente para conocer de este proceso, lo era el Tribunal Superior de Manizales, al que "desde ahora se le plantea colisión de competencia negativa".

El recurso de reposición resuelto favorablemente según las pretensiones del impugnador (noviembre 12), dio lugar a que se remitieran las diligencias, por competencia, a los jueces superiores de Mani-

zales, reparto. El Juzgado Primero Superior de esa ciudad (noviembre 30), afirmó que el delito de mayor gravedad (homicidio) se cumplió en Calarcá (Quindío), lo cual determinaba la competencia en el Tribunal Superior de Armenia.

Para dirimir este conflicto han llegado estos autos a la Corte.

Al efecto, se comenta:

1. *Cuando se trata de suscitar una colisión de competencias, el funcionario que así procede no puede tomar determinaciones de carácter anulatorio. Actuar así constituye una viciosa anticipación de funciones que, a la postre, carece de efectiva aplicación y sólo introduce en el trámite motivos de confusión. Para apoyar este aserto basta indicar estas tres razones: a) Que quien se considera incompetente toma determinaciones que presuponen una capacidad decisoria que él mismo está negando y rehuyendo; b) Que, decidida la anulación antes de definirse el incidente, puede ocurrir que quien se consideraba ajeno al proceso resulte competente, deviniendo en actuación válida lo que se tuvo apresuradamente en sentido contrario; y, c) Que aquél a quien se tenga por competente es el llamado a determinar si la actuación es eficaz o carece de este atributo.*

2. Los múltiples hechos tuvieron por lugar de comisión distintas regiones departamentales (Manizales - Caldas, Pereira - Risaralda, Cartago - Valle del Cauca y Calarcá - Quindío). Pero el fenómeno de la rebelión aparece como el factor de unión de todos ellos. Por razón del estado de sitio, su juzgamiento correspondía a la justicia penal militar ejercitable por la Octava Brigada, con sede en Armenia, instituto castrense que actuó en el sentido que las normas extraordinarias le permitían actuar. No es factible, ahora, desconocer la validez de ese proceder, tratándose de desmembrar lo que exigió y obtuvo un reconocimiento de unidad, que debe mantenerse y que refluye, indudablemente, en la competencia que rechaza el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia. Pero a más de este aspecto se da, en el momento actual uno de mayor importancia y de solución semejante a la indicada.

En efecto, no se cuestiona la competencia de la Octava Brigada para conocer, en forma conjunta, las varias infracciones que recibieron el juzgamiento de primera instancia. Sobre las mismas, ahora se cierne un juicio que implica la posibilidad de aplicación de la Ley 35 de 1982. Este cometido debe ser atendido por la justicia ordinaria (Tribunales Superiores), según el artículo 4º. La orden que esta disposición expresa ("las autoridades que por cualquier motivo estén conociendo de procesos por delitos definidos en el artículo 3º de esta ley, los enviarán inmediatamente al *respectivo* Tribunal Superior"), indica que la sede de esa autoridad gobierna la escogencia del Tribunal. Entonces si la Octava Brigada expidió el fallo de primera instancia, admitido a conocimiento de la justicia ordinaria, quiere ello decir, que el Tribunal Superior de Distrito Judicial coincidencia, en cuanto a su sede, con ese organismo castrense, es el competente para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la amnistía, primer objetivo en el campo de las decisiones pendientes. Ese Tribunal no es otro que el de Armenia, sin que a esta Corporación le sea admitido entrar a

considerar la individualización de las acciones para separarlas y someterlas a distintas entidades judiciales.

Las razones expuestas permiten a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, indicar que el organismo competente para conocer de este proceso es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Quindío), al cual le serán devueltos estos autos. Copia de esta decisión será remitida al Juzgado 1º Superior de Manizales. *Declárase sin efecto la nulidad decretada por el Tribunal Superior de Armenia (octubre 30 de 1982).*

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

La Corte solamente puede ocuparse de las demandas que atacan las sentencias dictadas con base o fundamento en veredictos contradictorios (art. 580, numeral 3º)

El veredicto contradictorio constituye vicio in iudicando bien distinto del veredicto contraevidente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 5 de 25 de enero de 1983.

Vistos:

En contra de la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que confirió la de absolución dictada por el Juzgado Segundo Superior de Honda en el proceso por homicidio en la persona de *Gildardo Aguirre Cárdenas* que se siguió a *Oscar Garzón Parga,* el apoderado de la parte civil allí reconocida interpuso recurso extraordinario de casación.

Concedido tal recurso la Sala lo declaró admisible y consideró ajustada a las exigencias de ley la demanda. Concluida la tramitación correspondiente se resuelven las cosas de la siguiente manera.

1. Los hechos:

Comprobado quedó en el proceso que por las horas de la noche (8 a 9) del 21 de diciembre de 1980 y frente a la cantina que tiene José Nery Garzón en Palocabildo, Municipio de Falan (Tolima), Gildardo Aguirre Cárdenas fue abaleado por Oscar Garzón Parga y murió cuando se le conducía al hospital.

2. El proceso:

Al día siguiente de los hechos inició la investigación correspondiente el Juzgado Promiscuo Municipal de Falan en donde se sometió a indagatoria a Oscar Garzón Parga y luego a José Nery Garzón y se les detuvo. El proceso quedó radicado por competencia en el Juzgado Segundo Superior de Honda que llamó a responder en juicio por homicidio voluntario a Garzón Parga y sobreseyó definitivamente a Garzón García.

Al final de la audiencia pública los jurados contestaron el cuestionario que se les planteó con un veredicto que dice: "No es responsable por haber obrado en legítima defensa". El Juzgado de primera instancia acogió dicha respuesta y emitió sentencia absolutoria el 27 de octubre de 1981. Apelada dicha providencia el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó el 11 de febrero de 1982 con la sentencia que ahora resulta impugnada.

3. La demanda:

Dos causales de casación agita el censor: La 4ª y la 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y, al amparo de la primeramente aducida, dos cargos formula para la sentencia objeto del recurso, como a continuación se dice:

Formula el impugnador su primer cargo de nulidad porque, según alega, no se observaron a plenitud las formas propias del juicio porque el juzgador de primera instancia profirió auto de llamamiento a juicio por homicidio voluntario y, a pesar de que la realidad probatoria que permitió tal pronunciamiento no varió en la causa, aceptó un veredicto absolutorio en lugar de optar por la declaración de contraevidencia del veredicto y en la segunda instancia ocurrió lo mismo. Esta que para él es una inobservancia del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal en vigencia y constituye nulidad de rango supralegal (art. 26 de la C. N.).

Un segundo cargo de nulidad, también por desconocimiento de las formas propias del juicio, lo hace consistir en el hecho de que no se vinculó al proceso al individuo nombrado como Juan María Valero de quien algunos declarantes dicen que sujetó firmemente a la víctima para colocarla en las condiciones de inferioridad que aprovechó su victimario.

Por la causal 2ª de casación dice que la sentencia no está en concordancia con los cargos que se dedujeron en el auto de proceder pues considera que resulta absurdo, el ver que se halló prueba suficiente para llamar a responder en juicio al sindicado y sin que tal realidad probatoria se modificara después el juzgador encontró prueba para fundamentar la absolución.

4. Contestación del Ministerio Público:

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el primer cargo de nulidad no puede prosperar porque, según argumenta, el auto de proceder no puede constituir "una sentencia anticipada" sino que representa apenas "la acusación que intenta el Estado para que el procesado se defienda de ella en el plenario". Cita el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal para recordar que cuando existe intervención de jurado en los procesos la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto de aquél y que la declaratoria de contraevidencia del mismo sólo es procedente cuando "repugna abiertamente con la realidad probatoria" y constituye una facultad que a los juzgadores otorga el artículo 575 del Código de Procedimiento Penal. En el caso presente, agrega, el juzgador de primera instancia aceptó como válido el vere-

dicto de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 519 y "no puede existir informalidad en el rito procesal cuando se toma uno de los caminos que indica el propio Código de Procedimiento".

Para el segundo cargo de nulidad afirma el Procurador Delegado que en la sentencia se dieron razones de índole probatoria para dejar de lado a un tercero que se afirma comprometido en los hechos, pues no existía mérito para indagarle o emplazarle. Esto, en su sentir, es suficiente para desechar el cargo pero al avanzar en sus razonamientos cita el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal sobre unidad del proceso, para decir que una cabal aplicación de dicha norma presupone la existencia de "una plural participación de personas en la comisión del hecho delictivo, bien sea que la actividad de los procesados pueda atribuirse a título de autoría o de complicidad", pero si no existe fundamento real para afirmarlo porque no se dan los supuestos del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, ninguna informalidad puede predicarse. De otra parte, dice, la responsabilidad penal es individual y, por tanto, en nada afecta al derecho sustancial de algunas de las partes por la omisión de lo preceptuado en el artículo 167 ya citado, aún en los casos en que la realidad probatoria lo haga aplicable.

Por lo que atañe a la causal segunda en el único cargo que contiene vuelve la demanda sobre lo dicho al sustentar el primero de los cargos de nulidad en relación con auto de proceder, veredicto y sentencia. El Ministerio Público que solicita desestimar también las alegaciones del censor dice que, en definitiva, una absolución no puede vulnerar la regla de concordancia que debe existir entre el auto de proceder y la sentencia y que de aceptarse que tal cosa puede darse habría que concluir que toda sentencia absolutoria equivaldría a falta de correspondencia con el auto de proceder y, daría lugar a que se casare con la consecuencia de que todas las sentencias de absolución serían casables y sobraría la etapa de la causa en los procesos pues el auto enjuiciatorio "necesariamente tendría efectos de condena".

5. Las consideraciones de la Sala:

El censor hace consistir el primero de sus reproches a la sentencia en la creencia, muy personal por cierto, de que si con posterioridad al auto de proceder no se producen nuevos elementos de convicción en la etapa probatoria de la causa el juez debe declarar el veredicto absolutorio claramente contrario a la evidencia de los hechos y que si no procede así incurre, con dicha omisión, en nulidad de rango constitucional.

Esta tesis que haría inútil todo primer veredicto que bajo las mismas condiciones, ausencia de pruebas en el plenario, no fuera de condena, resulta equivocada totalmente y, tan grave defecto determina el fracaso de la impugnación por el primero de sus cargos.

La facultad para declarar claramente contrario a la evidencia de los hechos un determinado veredicto, afirmativo o negativo de respon-

sabilidad, compete con exclusividad a los juzgadores en las dos instancias establecidas por el régimen procesal en vigencia. Ello se desprende de lo que dicen los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal. Una labor de tal naturaleza es, por consecuencia, extraña al recurso de casación pues la Corte solamente puede ocuparse de las demandas que atacan las sentencias dictadas con base o fundamento en veredictos contradictorios (art. 580, numeral 3). El veredicto contradictorio constituye vicio in iudicando *bien distinto del veredicto contraevidente.*

Por ninguna parte dice la ley que la falta de pruebas durante la causa determina la declaración de contraevidencia del veredicto de absolución. Dicha declaración sólo se torna en un imperativo para el juez cuando la respuesta del jurado para el cuestionario que se le formula riñe ostensiblemente con la evidencia que toda la prueba recogida en el proceso arroja y no solamente con la que pueda producirse con posterioridad al enjuiciamiento como pretende la demanda.

Si se agotan los mecanismos procedimentales de primera y segunda instancias y la declaración de contraevidencia no se produce no puede plantearse dicho tema en sede de casación por la sencilla razón de que no puede ubicarse dentro de ninguna de las causales del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ni puede buscarse al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional porque tal cosa sólo busca un remedio que compete, con exclusividad, a los juzgadores en las instancias.

El segundo cargo, aquel que consiste en sostener que hay nulidad en el proceso porque no se vinculó a él un tercero que se dice comprometido en los hechos, lo rebate con acierto el Procurador Delegado cuando afirma, y ello puede comprobarse, que en la sentencia se dieron suficientes razones de índole probatoria para dejarlo a un lado porque no se necesitaba su vinculación y por eso sólo se le recibió testimonio.

Lo dicho es suficiente para desestimar el cargo, pero el Procurador avanza en sus análisis y cita el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, sobre unidad del proceso, para decir que una cabal aplicación de dicha norma presupone la existencia de "una plural participación de personas en la comisión del hecho delictivo, bien sea que la actividad de los procesados pueda atribuirse a título de autoría o de complicidad", pero si no hay fundamento real para afirmarlo así, porque no se dan los supuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, ninguna informalidad puede predicarse. Tampoco prospera, en consecuencia, este segundo cargo de nulidad, pues la Sala corrobora lo dicho por el Agente del Ministerio Público.

Por lo que hace el único cargo que no apoya en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el censor cree hallar desacuerdo entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia de absolución. Este cargo constituye apenas una variante del primero porque también aquí aparece aquellos de la falta de nuevos elementos de convicción, caso en el cual y según su peculiar criterio al respecto, la sentencia debió ser de condena.

Olvida el impugnador que 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 aquel diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". El error consiste, según se ve del planteamiento equivocado que la censura tiene del veredicto. En el caso de autos resulta sumamente claro que se llamó a responder en juicio al procesado por homicidio, el jurado al emitir su veredicto dijo que no era responsable por haber obrado en legítima defensa y el juez que no encontró base alguna para declarar contrario a la evidencia dicho veredicto, lo acogió y de acuerdo con él absolvió. La concordancia entre auto de proceder, veredicto y sentencia es perfecta. Tampoco por este último aspecto prospera la demanda.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Luis Fernando Gómez Duque, Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPEDIMENTOS

Artículo 78, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil
La finalidad buscada por el legislador al erigir en causal de impedimento el parentesco dentro de determinados grados, no es otra que la de salvaguardar al máximo la absoluta independencia con que los funcionarios deben resolver los asuntos sometidos a su consideración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 9.

Vistos:

Decide la Corte acerca del impedimento planteado por el doctor *Alirio Zúñiga Guzmán,* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, para conocer del proceso que se adelanta contra Jesús Emigdio, Miguel Bertulfo, Jesús Serafín y Luis Carlos Bambagüe Hurtado por el delito de homicidio.

Estima el Magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso porque concurre en él la causal de impedimento prevista en el ordinal 3º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que dice: "Ser el Juez o Magistrado, o su cónyuge, pariente dentro del 4º grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, del apoderado o defensor de alguna de las partes".

Al efecto expresa que la doctora Elena Rivera de Illera, su prima hermana, viene actuando en este asunto como Fiscal del Juzgado 2º Superior de Popayán, y en tal calidad de representante de la sociedad, que es al propio tiempo parte agraviada con el delito, emitió el concepto previo a la calificación del sumario, que finalmente acogió el juez del conocimiento en la decisión que ahora le corresponde al Tribunal revisar en virtud de apelación interpuesta por los procesados enjuiciados, asunto en que actúa él como Magistrado sustanciador.

Concluye su razonamiento de la siguiente manera:

"...precisamente la doctora Rivera de Illera es persona que interviene en el proceso penal como defensora de los intereses de la sociedad, y el parentesco de consanguinidad, que me une a ella, se

halla comprendido en el 4º grado, de donde se desprende que es mi deber hacer esa clara manifestación de impedimento, en orden a que se me separe del conocimiento del proceso *sub exámine*, por parte de los restantes miembros de la Sala de Decisión" (fl. 180).

Los demás integrantes de la Sala no aceptaron sus planteamientos y ordenaron, mediante providencia de 27 de noviembre de 1982, el envío de las diligencias a la Corte para que se decida el incidente de conformidad con el inciso 3º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal (fls. 181 a 185).

Estima el Tribunal que los motivos alegados por el Magistrado Zúñiga Guzmán no revisten el carácter de impedimento, pues los fiscales no son más que colaboradores de los jueces en la acción penal (art. 10 del C. de P. P.), y en cumplimiento de sus obligaciones legales les corresponde emitir conceptos (art. 102 *ibídem*), lo cual no significa que actúen como apoderados o defensores de alguna de las partes, que es la precisa calidad a la que se refiere el ordinal 3º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal como causal de impedimento.

Se considera:

La finalidad buscada por el legislador al erigir en causal de impedimento el parentesco dentro de determinados grados no es otra que la de salvaguardar al máximo la absoluta independencia con que los funcionarios deben resolver los asuntos sometidos a su consideración, independencia que podría llegar a verse comprometida en razón del afecto hacia el pariente cercano que inclina el ánimo a estar de acuerdo con sus planteamientos solamente o preponderantemente por provenir de él.

Dentro de ese marco de apreciación de la razón de ser de dicha causal de impedimento, esta Sala, interpretando por sus fines la norma que la consagra, ha precisado que la actuación de los Agentes del Ministerio Público en el proceso puede asimilarse a la que cumplen los apoderados o defensores, y por lo mismo, procede la aceptación del impedimento que alegare un Juez o Magistrado por corresponderle conocer de asuntos en los cuales hubiese actuado un fiscal con quien se encuentre vinculado parentalmente dentro de los grados que señala el ordinal 3º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones fueron expuestas en auto de 6 de agosto de 1981, al resolver la Corte un caso similar, en el cual un Magistrado de Tribunal Superior debía conocer en segunda instancia de un proceso en el cual su hermano había conceptuado como Fiscal del Juzgado Superior que decidió en la instancia anterior.

Se dijo entonces:

"...aun cuando el Agente del Ministerio Público no es una de las partes, en el sentido estricto del término, sí ha sido tenido al par de ellos, así sea con la denominación de 'parte *sui generis*' dentro del proceso, distinguiendo su función de la del juez o fallador y acercándola a la de los particulares que intervienen en él mismo.

"Y aunque, de otro lado no puede decirse representante de una de ellas, no es menos cierto que obra como personero de esta parte especial y, por tanto, su actuación puede equipararse a las de los apoderados o defensores.

"En estas circunstancias, el parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil que une el Fiscal con el Juez o Magistrado a quien le corresponde conocer del proceso en una instancia posterior, impide a estos para actuar por cuanto existe el mismo interés de parentesco que ha llevado al legislador a separar de los procesos a quienes se encuentren vinculados en esa forma a las demás partes.

"No es equitativo ni conveniente, viniendo al caso de autos, que el Magistrado... se vea obligado a intervenir en un proceso en que su hermano ya expresó su opinión como Fiscal y por eso debe aceptarse el impedimento que ha manifestado".

La notoria similitud entre el hecho que motivó el anterior planteamiento y el que ahora ocupa la atención de la Sala, impone para este caso idéntica solución.

Por lo que respecta a la verificación del parentesco entre el Magistrado doctor Zúñiga Guzmán y la Fiscal doctora Rivera de Illera, ha de decirse que si bien no se aportó prueba documental que lo acredite, son los propios magistrados integrantes de esa Sala de Decisión quienes dan fe de su existencia. Al efecto dijeron en su providencia: "No hay duda de que la citada Fiscal sea prima hermana del honorable Magistrado doctor Alirio Zúñiga Guzmán y por lo tanto se hallan dentro del 4º grado de consanguinidad..." (fl. 183, cuaderno Tribunal). De allí se colige la notoriedad del hecho, lo cual releva de diferente comprobación, al menos para los efectos de la decisión que va a tomarse.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *acepta* el impedimento manifestado por el doctor Alirio Zúñiga Guzmán, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, y lo declara separado del conocimiento de este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1. DICTAMEN PERICIAL

El auto de traslado debe proferirse pero no fatalmente. Se dicta por iniciativa del juez que conoce del proceso o del funcionario que lo instruye, o a petición de las partes

2. FAVORABILIDAD

COMPLICE NECESARIO: ESTATUTO ANTERIOR

AUTOR: CODIGO VIGENTE

Es la obligación que tiene el juez de aplicar la ley más benigna a una situación preexistente

La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 09 de febrero 1 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 27 de octubre de 1981 confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito el 29 de septiembre del año anterior, contra *Miguel Angel Contreras Lozano, Rodrigo Alvarez Murillo, Gildardo Cárdenas Torres, José Cenín Cárdenas Jiménez y Fernando Echeverry Restrepo*, condenándolos a 49 meses de prisión para cada uno de ellos y a las penas accesorias de rigor, como cómplice necesario el primero y coautores los demás, por el delito de estafa en perjuicio de Fabio Antonio Arango.

Contra esta sentencia se interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación que se decide.

Hechos:

Los deja resumidos el Procurador Delegado de la siguiente manera:

"...Aparece de autos que en el mes de marzo de 1978 el señor Fabio Antonio Arango, comerciante en repuestos para automotores, tuvo necesidad de adquirir unos dólares valiéndose de su amigo Francisco Gutiérrez quien lo puso en comunicación con Miguel Angel Contreras Lozano, gerente del Banco de Colombia, sucursal 'Plaza de Bolívar' de esta ciudad, persona que le recomendó de manera especial a Rodrigo Alvarez Murillo, negociante en documentos representativos en dólares adquiridos de entidades bancarias de los Estados Unidos.

"Convenida una cita en la oficina de Arango, Rodrigo Alvarez le vendió varios 'Personal Money Orders' de distintas denominaciones y en cuantía de US$ 52.300.oo recibiendo en pago dos cheques de $ 1.000.000.oo y $ 40.150.oo girados por el comprador; pero comoquiera que éste exigió garantías en la negociación se acordó que el vendedor le gira 'en garantía' un cheque por un millón de pesos el que elaboró Miguel Angel Contreras y firmaron Alvarez Murillo y Gildardo Cárdenas, quien figura como la persona que entregó al vendedor los documentos negociados, cheques que a la postre no fueron cancelados a su presentación.

"Días después, no obstante estar enterado de que algunos de los documentos habían sido 'impagados', por insinuación de Rodrigo Alvarez entró en tratos con Francisco Restrepo o Fernando Echeverry Restrepo quien le ofreció en venta otras órdenes de pago en dólares comprometiéndose a responder por los que habían salido 'malos'. Fue así como en una segunda negociación giró a Rodrigo Alvarez dos cheques por $ 600.000.oo y $ 91.000.oo.

"En vista de que comenzaron a devolverle las órdenes de pago porque eran falsas y sin haber llegado a ningún arreglo con los vendedores, denunció la estafa de que había sido víctima en cuantía de $ 1.731.150.oo..."

Las demandas:

I. La presentada a nombre de Rodrigo Alvarez Murillo.

1. *Causal cuarta.*

Al amparo de esta causal propone la nulidad constitucional del proceso porque a juicio del censor se violaron las formas propias del juicio y el derecho de defensa al no haberse observado el mandato contenido en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, según el cual todos los dictámenes periciales que se produzcan en el proceso deben ponerse en conocimiento de las partes como lo sostuvo la Corte en providencia del 22 de marzo de 1976.

Asevera que no existiendo duda que las traducciones constituyen dictámenes periciales al tenor del artículo 265 del Código de Procedimiento Penal, tanto las traducciones de los Money Orders como las de las distintas comunicaciones de las instituciones bancarias extran-

jeras que obran en el cuaderno número 2 de pruebas, no fueron puestas en conocimiento de las partes y, sin embargo, sobre ellas se edificó la sentencia de condena que se impugna.

2. *Causal primera.*

Por esta vía prospecta la violación indirecta de los artículos 408 y 356 de los Códigos Penales de 1936 y 1980, respectivamente.

Precisa el actor que hubo error de derecho en la apreciación de las traducciones de los Money Orders porque no fueron puestos en conocimiento de las partes como lo manda el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, inobservancia normativa que afecta la legalidad de la prueba en su aducción al proceso, no obstante lo cual el fallador le dio valor probatorio, o mejor, las consideró válidas.

Destaca que de no haberse producido este yerro, la sentencia habría tenido otro sentido.

II. La presentada a nombre de Miguel Angel Contreras Lozano.

El demandante formula por la causal primera de casación tres cargos, así:

1. *Violación indirecta.*

a) La sentencia quebranta la ley sustancial porque no se apreciaron las pruebas exculpativas de la conducta realizada por este procesado.

No existe plena prueba de la culpabilidad del procesado, pues el fallador sólo deduce en su contra "graves indicios", insuficientes para constituir un indicio necesario de acuerdo con la tarifa legal que rige nuestro sistema probatorio.

No se tuvieron en consideración los contraindicios relativos a la personalidad del procesado, la posición que ocupaba como gerente de un banco y la circunstancia evidente de que no obtuvo ningún beneficio de las operaciones económicas que dieron origen a este proceso;

b) La sentencia conculca la ley sustancial al estimar falsamente la prueba recaudada o "apreciación errónea del hecho de que la prueba da cuenta", y, no llegar por esta vía a reconocer el *in dubio pro reo* manifiesto en los autos.

Pasó por alto el hecho, plenamente demostrado, de que la mayoría de los "Money Orders" fueron pagados por los bancos extranjeros y que otros no fueron presentados al cobro. Por este modo, el sentenciador no vio la duda que aparece en el proceso sobre si los procesados obraron conociendo la falsedad de esos títulos o si, por el contrario, ignoraban esa situación y actuaron de buena fe.

2. *Violación directa.*

La sentencia viola la ley sustancial, por infracción directa, al no darle aplicación al principio de favorabilidad, pues al haber sido llamado a juicio el procesado como cómplice necesario debió de condenársele, desaparecida esta figura, de conformidad con el artículo 24 del nuevo Código Penal.

El Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que no se debe casar la sentencia impugnada porque a su juicio los cargos contenidos en cada una de las demandas no están llamados a prosperar.

1. Sobre la demanda de Rodrigo Alvarez Murillo, expresa:

Causal cuarta:

Nulidad por no haberse dado traslado de los documentos, traducciones y comunicaciones del cuaderno de pruebas como lo ordena el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal.

"...Allegados al informativo los textos originales en inglés de las respuestas de los bancos americanos y su correspondiente traducción, conforme a la cual, los títulos negociados fueron rechazados por fraudulentos o ficticios y clausurada la etapa instructiva, los defensores de los principales sindicados cuestionaron dichos dictámenes alegando que no estaba probada la falta de pago o que no aparecía demostrado, mediante prueba grafológica del Instituto de Medicina Legal, que tales documentos hubieran sido impugnados por falsos, posición reiterada en los alegatos presentados en orden a sustentar la apelación interpuesta contra el auto de proceder y reiterada una vez más, en forma casi unánime, en el acta de audiencia pública y en las alegaciones encaminadas a la revocatoria del fallo de primera instancia.

"El doctor Francisco Vergara Carulla, defensor del procesado Alvarez Murillo, criticó vehementemente las traducciones que obran en autos tratando de demostrar que gran parte de los 77 'Personal Money Orders' vendidos a Arango habían sido cancelados, y otros ni siquiera presentados al cobro, alegato que ocupó la atención del Fiscal del Tribunal Superior de la Sala de Decisión Penal de dicha Corporación.

"Significa lo anterior, que a pesar de que las traducciones asimiladas por la ley a dictámenes periciales, no fueron dadas en traslados a las partes por el término y para los fines previstos en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, estas tuvieron oportunidad de conocerlos y controvertirlos aunque no con los resultados esperados.

"Y como quiera que tales probanzas fueron conocidas y controvertidas a lo largo del proceso y sobre sus conclusiones se basó la defensa, resulta inadmisible pretender el desconocimiento del principio de contradicción de la prueba o el menoscabo del derecho de defensa del procesado..."

Causal primera:

Violación indirecta por error de derecho al apreciar esas traducciones con pretermisión del requisito condicionante de su validez consistente en el traslado que debió de ordenarse de acuerdo con el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal.

"...La omisión del traslado a las partes del dictamen pericial para los fines señalados en el artículo 276 del Código de Procedimiento

Penal, no es requisito condicionante de su validez como sí lo sería en el caso de que la pericia fuera rendida sin el lleno de las formalidades previstas en el artículo 270 *ibídem.*

"Establecido, además, que la informalidad reseñada no desconoce el principio de contradicción de la prueba por peritos, ni afecta el derecho de defensa del procesado, hizo bien el fallador al apreciarlo asignándole el valor probatorio reconocido en la sentencia reclamada..."

2. Sobre la demanda de Miguel Angel Contreras Lozano, sostiene:

Causal primera:

Por esta única causal se formulan tres cargos.

Primer cargo:

"...Olvida el censor que en la apreciación de la prueba por indicios el juzgador de instancia goza de un prudente y necesario arbitrio limitado solamente por la comisión de errores manifiestos u ostensibles, y que la simple disparidad de criterios entre el fallador y el recurrente, respecto a la apreciación de los indicios, no es presupuesto básico para que prospere la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho.

"El demandante se limita a presentar personales y subjetivas apreciaciones sobre la forma como debieron valorarse los indicios en franca oposición a las razonables y lógicas argumentaciones del *ad quem* que lo llevaron a dar por plenamente establecida la culpabilidad del procesado, sin lograr el yerro atribuido al juzgador ni su incidencia definitiva en las conclusiones de la sentencia impugnada...".

Segundo cargo:

"...Es factible que 16 de los 77 documentos representativos de moneda extranjera, al parecer de la segunda negociación, hayan sido cancelados, pero esta posibilidad es negada categóricamente por el ofendido Arango quien a través de todas sus intervenciones sostuvo dicha posición. Y en el supuesto de que tal cosa fuera cierta, quedarían por fuera 61 títulos o documentos respecto a los cuales no se pudo establecer de modo fehaciente que hubieran sido cancelados al beneficiario.

"Siendo esta la situación fáctica que fluye de autos, el error aducido no resulta concluyente o definitivo puesto que la estafa subsiste como delito aunque en menor cuantía a la denunciada, pero en todo caso superior al límite señalado por el artículo 372 del Código Penal. De otra parte, no es manifiesto u ostensible sino que surge de una valoración personal de la prueba enfrentada al testimonio del querellante y al texto claro de las traducciones de la intérprete...".

Tercer cargo:

"...Es incontrovertible que el procesado Miguel Angel Contreras Lozano fue convocado a juicio como cómplice necesario del delito de

estafa, en vigencia del artículo 19 del anterior Código Penal, que establecía igualdad de sanciones para el autor del ilícito y el cómplice necesario que hubiera prestado 'al autor o autores su auxilio y cooperación sin los cuales no habría podido cometerse'; pero también lo es que el Código Penal de 1980 en su artículo 25, al definir los autores, incluyó en ellos a los cómplices necesarios a que se ha hecho mención, a los instigadores y determinadores, fijándoles a todos la sanción correspondiente a la infracción en razón de que siendo *coautores* toman parte en la fase ejecutiva del delito..."

La Corte considera:

Dos son las demandas que se presentaron: Una a nombre del procesado Rodrigo Alvarez Murillo y otra a nombre del también procesado Miguel Angel Contreras Lozano.

Se procede al estudio de ambas en la siguiente forma:

1. Respecto de Rodrigo Alvarez Murillo.

En esta demanda se formulan dos cargos con fundamento en las causales primera y cuarta de casación (art. 580-1-4 del C. de P. P.). Es así como afirma que hubo violación indirecta de los artículos 408 y 356 de los Códigos Penales de 1936 y 1980 por aplicación indebida, pero hubo inobservancia del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal lo que afectó la legalidad de la prueba pericial en que se fundamentó la condena; del mismo modo asevera que por no haber dado aplicación al mandato contenido en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal se violaron las formas propias del juicio, esto es, se incurrió por el fallador en nulidad de rango constitucional, pues según ese precepto todos los dictámenes periciales que se produzcan en el proceso deben ponerse en conocimiento de las partes para que estas puedan pedir que los peritos los expliquen, los amplíen, o los rindan con mayor claridad.

Como fácilmente se aprecia, la demanda se circunscribe en esencia a la inobservancia del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, hábilmente señalada y ubicada dentro de las causales en ella invocadas bajo los cargos de violación indirecta de la ley sustancial y de nulidad supralegal. Siendo esto evidente, las dos impugnaciones pueden ser analizadas al mismo tiempo.

Sobre la no aplicación del artículo 276 la Corte ha proferido jurisprudencias encontradas. Tradicionalmente sostuvo que el traslado de los dictámenes según esa norma, no estaba previsto como nulidad por la ley y que, en último caso, podría considerarse como una simple irregularidad que no afectaba derechos fundamentales de las partes. En época más reciente sostuvo con referencia al artículo 486 del Código de Justicia Penal Militar, sustancialmente idéntico al 276 del Código de Procedimiento Penal, que se incurría en nulidad de carácter constitucional al omitir el juez el traslado de los dictámenes para los efectos allí indicados, porque se ofendía la legalidad del proceso al violarse el principio de contrariedad de la prueba y, por tanto, el derecho de defensa, pues ese traslado no es "...una gracia que pueda

o no conceder el juez a las partes intervinientes en el proceso penal, sino de una perentoria obligación que lleva como consecuencia la invalidación de la actuación todas las veces que se haya inobservado..."

Es incuestionable que la ley no considera como nulidad la falta de aplicación del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, o más concretamente, el no traslado de los dictámenes de peritos para que las partes puedan pedir que sean explicados, ampliados o rendidos con mayor claridad. Pero sería obvio que podría comportar una nulidad constitucional si resulta imprescindible dar ese traslado siempre que se produzca algún dictamen pericial en el proceso, porque en tal evento se estaría ante la posibilidad de violar una forma propia del juicio.

Entonces, es premisa fundamental determinar si ese traslado de los dictámenes periciales constituye proceder inexcusable al tenor del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo en cita textualmente manda:

"Conocimiento del dictamen por las partes. *El dictamen del perito se pondrá en conocimiento del fiscal, del procesado, de su apoderado o defensor y de la parte civil, por el término de cinco días, para que, durante él, puedan pedir que el perito lo explique, lo amplíe, o lo rinda con mayor claridad, y así lo ordenará el funcionario de instrucción o el juez competente señalándole término con tal fin.*

Aún, sin petición de nadie, el juez o el funcionario puede ordenar igual cosa en cualquier tiempo, antes de fallar..."

De la lectura de esa disposición se advierte:

a) Que el primer inciso hace obligatorio el auto de traslado y diseña su contenido;

b) Que el segundo inciso, al emplear la expresión "aún, sin petición de nadie...", indica con toda nitidez que cualquiera de las partes puede solicitar ese traslado y que el juez competente o el funcionario de instrucción lo puede ordenar, en cualquier tiempo, antes de la sentencia.

Desbrozada así la aparente oscuridad de la norma, se concluye:

El auto de traslado de los dictámenes periciales debe proferise, pero no fatalmente. Se dicta por iniciativa del juez que conoce del proceso o del funcionario que lo instruye, o por petición de las partes. Queda, pues, a voluntad de ellas solicitarlo y del juez respectivo, el deber de dictarlo de oficio, antes del fallo.

Sin embargo, es forzoso admitir que ese específico traslado no constituye un rito de la prueba pericial cuya inobservancia puede afectar su legalidad, porque sería necio pretender que se viola su objetivo de ponerla en conocimiento de las partes cuando de suyo estas la conocen o están en posibilidad real de conocerla desde el momento en que es aducida al proceso. Con mayor razón, cuando a pesar

de tal inobservancia se ha debatido esa prueba, no se puede hablar de conculcamiento de una forma propia del juicio y menos del derecho de defensa.

De todas maneras quedan a salvo los derechos fundamentales de quienes son sujetos intervinientes en el proceso de solicitar el traslado del dictamen para proponer que los peritos lo expliquen, lo amplíen o lo rindan con mayor claridad (arts. 276 del C. de P. P. y 486 del C. de J. P. M.), y el de objetarlo de fondo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (arts. 277 del C. de P. P. y 487 del C. de J. P. M.).

En consecuencia, ninguno de los cargos de esta demanda prospera.

2. Respecto de Miguel Angel Contreras Lozano.

En este libelo se proponen tres cargos por la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.), los dos primeros por violación indirecta de la ley sustancial y el último por infracción directa de la misma.

a) Se arguye violación indirecta bajo la afirmación de que sin estar plenamente probada la culpabilidad del procesado se le condenó como cómplice necesario en el delito de estafa del que fue víctima Fabio Antonio Arango.

Señala que para llegar a esa violación sólo tuvo en cuenta indicios graves insuficientes para condenar como se hizo a Contreras Lozano y sin tener en cuenta "...pruebas o hechos beneficiosos exculpativos..." que lo favorecían.

Toda la demostración del reproche la edifica el actor sobre los testimonios de personas que conocen al procesado y que dan de su conducta pública y privada conceptos plausibles, y de la prestancia del empleo que ejercía. Pero, olvidó el impugnante demeritar la prueba que determinó al Tribunal a dictar condena, es decir, destruir los fundamentos que sustentan el fallo recurrido;

b) La violación indirecta la centra el demandante en que existiendo duda sobre la ilicitud del proceder del procesado el Tribunal no dio aplicación al *in dubio pro reo*, pues pasó por alto la circunstancia de que la mayoría de los "Money Orders" fueron pagados por los bancos extranjeros, surgiendo, en consecuencia, el interrogante de si los procesados, con relación a los títulos no cancelados o no presentados al cobro, obraron con conocimiento de su ineficacia.

El censor para demostrar este punto hace un estudio de los documentos respectivos para concluir que muchas órdenes fueron cubiertas y que otras no se cobraron, no obstante lo cual el Tribunal las consideró impagadas por error en la apreciación de la prueba.

Pues bien, el hábil planteamiento del recurrente que apunta unas veces a la buena fe de los procesados, otras a que muchas órdenes fueron pagadas mientras que algunas no se cobraron, deja en firme la aseveración probatoria de que varias "Money Orders" no fueron canceladas por los bancos respectivos como lo precisó el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Cabe, entonces, anotar aquí también que el demandante no pudo desbaratar las bases del fallo de condena;

c) La violación directa la propone con el argumento de que el Tribunal no le dio aplicación al principio de favorabilidad, pues condenó a Contreras Lozano como cómplice necesario cuando debió de hacerlo a título de partícipe en el grado señalado por el artículo 24 del nuevo Código Penal por ser ésta la norma vigente al tiempo de la sentencia y ser más favorable.

El principio de favorabilidad consiste en la obligación que tiene el juez de aplicar la ley más benigna a una situación pre-existente.

La favorabilidad surge cuando una institución legal desaparece, pues también desaparecen sus consecuencias jurídicas; cuando permanece una misma institución legal, pero cambian algunas o todas sus consecuencias, en cuyo caso subsisten las que se pueden adecuar a la nueva ley; y, cuando continúa vigente una misma institución legal, pero se fusionan algunas de sus formas típicas, evento en el que se procura subsumir las unas en las otras.

Esto obliga, en tratándose de un ilícito, a efectuar la reubicación de la conducta del procesado para establecer si el hecho sigue siendo delito, si concurren circunstancias personales o materiales que atenúen la punibilidad, o si, en definitiva, se dan grados de participación más benignos.

Si bien el procesado fue condenado como cómplice necesario de conformidad con el artículo 19 del Código Penal de 1936 y la nueva ley suprimió esa forma típica de participación, en ningún caso suprimió la institución de la participación en el delito. Esto significa que debe reubicarse la conducta de Contreras Lozano dentro de las formas que contempla esa institución en el Código Penal de 1980 (arts. 23, 24 y 61) a fin de verificar si alguna de ellas le resulta más benigna, o si, por el contrario, debe mantenerse condenado bajo el imperio de la ley anterior.

La denominación "complicidad necesaria" no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor porque, de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuencialmente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo. Por consiguiente, la sanción penal privativa de la libertad que se le impuso al procesado a título de cómplice necesario sería igual a la que se le tendría que dosificar como autor de conformidad con los artículos 23 y 356 del nuevo Código Penal. En consecuencia, resultando la reubicación punitivamente igual por el aspecto de la pena aflictiva y más gravosa por la sanción económica, no puede operar la favorabilidad por sustracción de materia en cuanto a la primera, y con mayor razón, por petición de principio, en cuanto a la segunda.

Las razones precedentes impiden que cualquiera de los cargos de esta demanda prosperen.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el veintisiete de octubre de 1981 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.

Alfonso Reyes Echandía, Salvó el voto; *Luis Enrique Aldana Rozo,* Con salvamento de voto; *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Con salvedad de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES ALFONSO REYES ECHANDIA, LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO Y DARIO VELASQUEZ GAVIRIA

1. Sienta la mayoría de la Sala la siguiente tesis de la cual nos apartamos: "La denominación 'complicidad necesaria' no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía *bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor* (el subrayado es nuestro) porque, de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuencialmente, no se consumaría la infracción".

2. La diferencia entre autor y cómplice es nítida; siempre lo ha sido. Aquél es la persona que realiza la conducta típica, éste es quien *le ayuda al autor* a ejecutarla. El primero efectúa por sí mismo o por interpuesta persona la acción descrita en el tipo penal y así ejecuta *su propio* hecho punible; el segundo, en cambio, colabora con el autor en la realización de un hecho punible que no le pertenece como suyo. Es de la esencia de la autoría su condición de figura autónoma, a tiempo que es propio de la complicidad su carácter de institución accesoria; el autor puede actuar solo y su conducta tiene plena relevancia jurídica (a menos que el tipo exija la presencia de una pluralidad de autores); el cómplice jamás podrá hacerlo sin un autor a quien le preste colaboración.

3. La complicidad admite, ciertamente, grados de eficacia; se dice, por eso, que ella puede ser necesaria, principal o primaria y secundaria o accidental; sin embargo, cualquiera sea la calificación que se le dé a tal ayuda, no debe olvidarse que dichas denominaciones no son más que epítetos referidos siempre al fenómeno complicidad, cuyo carácter accesorio frente a la autoría sigue siéndole consustancial. Uno y otro fenómeno son, pues, irreductibles, en cuanto ni ontológica ni jurídicamente se identifican; otra cosa es que algunas legislaciones (como la nuestra de 1938), por discutibles razones de política criminal, dispongan la purificación punitiva frente a la responsabilidad penal de autores y cómplices necesarios; pero la identidad de sanciones no significa identidad de fenómenos; eso sería tanto como afirmar que estupro y falso testimonio son la misma cosa porque ambos delitos tienen señalada pena de uno a cinco años de prisión.

4. Sabido es que el Código anterior distinguía entre cómplices necesarios y cómplices no necesarios; pero tal diferencia desapareció en el nuevo estatuto, porque ella no respondía a la realidad y porque se consideró injusta la equivalencia sancionadora entre autoría y com-

plicidad primaria; díjose a este respecto en la Comisión de 1972: "Por muy importante que sea la contribución de un cómplice a la conducta del autor, nunca podrá ser considerada como tal (es decir como conducta de autor), porque solamente el autor realiza la conducta prevista en el tipo penal. El cómplice ejecuta una labor de coadyuvancia más o menos importante, pero siempre de colaboración a la conducta del autor, de manera que su comportamiento ha de considerarse como accesorio en relación con el del autor. Desde este punto de vista resulta injusto equiparar punitivamente la conducta de uno y otro. La experiencia muestra que existen tremendas dificultades prácticas y de orden probatorio para diferenciar precisa e inequívocamente en todos los casos la conducta del cómplice necesario, de la del no necesario o secundario. El nuevo texto aclara también que el juez graduará la pena, según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice" (Anteproyecto del Código Penal Colombiano, Ministerio de Justicia, Bogotá, Acta número 66, pág. 417).

5. Cuando el código anterior hablaba en el artículo 19 de prestar al autor o autores "un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse" el hecho, no estaba refundiendo en una sola las figuras de la autoría y de esta forma de complicidad; distinguía, al contrario, entre ambas y calificaba correctamente a esta como una forma de auxilio y cooperación, a pesar de que en el plano de la sanción penal disponía igualdad punitiva. Contra esa purificación se pronunció el nuevo código. Por manera que cuando en él se dice que es autor "el que realiza el hecho punible o determina a otro a realizarlo" que es cómplice "el que contribuya a la realización del hecho punible..." (arts. 23 y 24), está nítidamente separada la autoría de la complicidad e incluyendo en esta última norma las modalidades de necesaria y no necesaria; luego en el artículo 61 reguló su punibilidad para que al cómplice se le impusiese la sanción correspondiente dentro de los límites legales pertinentes de conformidad con "la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda". Quiso, pues, el legislador de 1980 —y lo hizo en efecto— al suprimir del texto de la autoría la frase "prestar auxilio y cooperación sin los cuales no habría podido cometerse" el hecho, que traía el artículo 19 de la codificación anterior, distinguir con meridiana claridad la autoría de la complicidad e incluir en la norma que de esta se ocupase (art. 24) como ya se indicó, todas las formas posibles de colaboración punible.

6. Por tales razones no compartimos la afirmación de la mayoría cuando asevera que la complicidad necesaria es en el actual Código Penal una forma de autoría. Como tampoco nos identificamos con el siguiente planteamiento: "La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo". La razón de nuestro disentimiento es, en este caso, la de que allí se está haciendo referencia al fenómeno de la coautoría impropia, vale decir, a la realización conjunta y con división de trabajo de un mismo comportamiento típico, pero en manera alguna a la llamada complicidad necesaria, pues que en su respecto la relación causal se da en forma directa hacia el autor y solo indirectamente hacia el hecho punible, a tiempo

que el autor sí se conecta causalmente y de manera directa con el evento hacia el cual dirige su comportamiento.

7. Consideramos, entonces, que le asiste razón al casacionista cuando impugna la sentencia del Tribunal por infracción directa del artículo 24 del Código Penal en cuanto impuso pena de autor al procesado Contreras Lozano en vigencia del actual estatuto punitivo, si se tiene en cuenta que fue llamado a juicio y condenado como cómplice necesario. Al no casar la sentencia por este aspecto, la Sala está aceptando que hizo bien el Tribunal al condenar al procesado bajo el imperio del nuevo código, a la pena de autor a pesar de haber sido llamado a juicio y condenado en primera instancia como cómplice y a pesar de haber desaparecido la parificación punitiva del anterior estatuto entre autor y cómplice necesario, conclusión que no podemos compartir por las razones ya expuestas en precedencia. Era, pues, imperioso para el Tribunal la aplicación, por razones de favorabilidad retroactiva, del artículo 24 del actual Código Penal.

8. En cuanto a la demanda de casación del procesado Alvarez Murillo dice la Sala al referirse a la interpretación del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal que la Corte "ha proferido jurisprudencias encontradas" en cuanto sostuvo en el pasado que la falta de traslado del dictamen no acarreaba nulidad y en épocas más recientes afirmó que tal omisión generaba nulidad constitucional, para orientarse ahora por la inicial posición. Queremos aclarar —para despejar cualquier equívoco— que desde hace algún tiempo la Sala ha venido sosteniendo que el no correr traslado a las partes del dictamen pericial constituye irregularidad procesal no determinante de nulidad. En uno de sus últimos pronunciamientos dijo, en efecto, esta Corporación: "Por lo que hace al dictamen dactiloscópico del funcionario del DAS, si bien el juzgador omitió dar traslado de él a las partes como lo señala el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, no es menos cierto que tal irregularidad no muestra entidad suficiente para generar nulidad supralegal, porque en todo caso las partes tenían la facultad de objetar el dictamen 'por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción' hasta el momento en que el expediente entre al despacho del juzgador para sentencia, conforme lo preceptúa el artículo 277 de la misma codificación procesal; si no hicieron uso de tal potestad habrá de suponerse que fue porque ninguna tacha hallaron en él. Obsérvese que la finalidad del traslado del dictamen es la de que las partes puedan solicitar explicaciones adicionales, ampliaciones o mayor claridad en su contenido; por manera que cuando se considera ostensiblemente erróneo o desacertado, ha de acudirse a la vía de la objeción que en este caso, como ya se dijo, estuvo abierta a las partes y no fue utilizada por ellas. No se ve entonces que aquella omisión haya vulnerado el derecho de defensa del procesado, mucho más cuando ni siquiera ahora se tacha el contenido sustancial del dictamen" (casación de septiembre 29 de 1982).

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha *ut supra.*

VEREDICTO CONTRADICTORIO. INEXISTENCIA

No hay veredicto contradictorio en asuntos en donde dos de los miembros del jurado contestaron afirmativamente al cuestionario propuesto y un tercero contestó dubitativamente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 11 de 8 de febrero de 1983.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación formulado por el defensor del procesado *Baudilio Murillo Ballesteros* contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá (2 de febrero de 1982) que confirmó la que dictara el Juzgado 30 Superior de la misma ciudad (29 de octubre de 1981) para condenar al nombrado *Murillo Ballesteros* como autor responsable del delito de homicidio en *Pompeyo Bermúdez Duque* a la pena principal de ocho (8) años de prisión, a las accesorias de ley y al pago de $ 6.497.565 por concepto de perjuicios civiles.

1. Los hechos:

Fueron resumidos por el juzgador de primera instancia de la siguiente manera: "Hay constancia en los autos (de) que entre Baudilio Murillo Ballesteros, el sindicado, por una parte, y los hermanos Mesías y Pompeyo Bermúdez (occiso), por la otra, existían motivos para disentir, principalmente porque se decía que los Bermúdez molestaban a parientas del sindicado. El 8 de diciembre de 1979, en la tienda de Ricardo Ballesteros, situada en la vereda de "El Hato de la Punta", Jurisdicción de la Inspección Departamental de "El Cámbulo", Municipio de Caparrapí, hacia las ocho de la noche, el Inspector de Policía, su secretaria y otras personas habían organizado una fiesta donde se bailaba animadamente. Allí llegaron los hermanos Bermúdez y pronto se suscitó un enfrentamiento con Baudilio Murillo Ballesteros que culminó cuando éste dio un golpe en la frente a Pompeyo Bermúdez y luego un tiro que fue causa de su muerte".

2. El proceso:

Las diligencias investigativas preliminares fueron cumplidas por la Inspección de Policía local y dictó auto cabeza de proceso el Juzgado Promiscuo Municipal de Caparrapí. Pompeyo Bermúdez antes de morir señaló a Baudilio Murillo Ballesteros como su heridor. El sindicado dijo en su indagatoria que había obrado en legítima defensa. Se recibieron varias declaraciones en uno y otro sentido y se dictó auto de detención al indagado. Remitido el proceso al funcionario competente correspondió al Juzgado 38 Superior de Bogotá que llamó a responder en juicio al procesado, con intervención de jurado, por un delito de homicidio sin agravaciones ni atenuaciones. Realizada la audiencia pública dos de los jurados contestaron afirmativamente al cuestionario que se les planteó y el tercero dijo: "Sí mató, pero no tengo pruebas si fue en defensa propia o voluntaria".

Con base en dicho veredicto, indudablemente condenatorio, el juzgador de primera instancia fundamentó la sentencia que fue confirmada por la que ahora resulta objeto de la impugnación.

3. La demanda:

El primero de los cargos, en el orden en que los formula, lo propone el censor al amparo de la causal 3ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según alega, el veredicto que sirvió de base a la sentencia es "notoriamente contradictorio" ya que los jurados tuvieron conocimiento de la enemistad inconciliable que mediaba entre Murillo Ballesteros y Bermúdez Duque y a pesar de haberse dado cuenta de las provocaciones de éste, declararon la responsabilidad del primero. En la "demostración del cargo" efectúa un intenso examen de la prueba para concluir que debió reconocerse que su patrocinado había obrado en legítima defensa, en riña imprevista o con ira e intenso dolor por grave e injusta provocación.

El segundo cargo lo propone al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional porque, según dice, no se observaron a plenitud las formas del juicio por parte del Tribunal que "no agotó los medios jurídicos y de ley en el juicio para decidir la situación del inculpado Baudilio Murillo Ballesteros condenado mediante veredicto contradictorio".

4. La contestación del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal observa que a pesar de que el segundo de los cargos implica nulidad de rango constitucional gira en torno de la pretendida existencia de un veredicto contradictorio y es este el tema del primero de los cargos. Opta, en consecuencia por referirse a éste para rebatirlo y concluir que deba desecharse el recurso.

No hay veredicto contradictorio en un asunto en donde dos de los miembros del jurado contestaron afirmativamente al cuestionario propuesto y un tercero contestó dubitativamente. El veredicto es, en consecuencia, condenatorio por mayoría de votos. En cuanto a las

posibles provocaciones por parte de la víctima dice que fueron planteadas en el curso del proceso pero no se incluyeron en el auto de proceder y, por tanto, tampoco en el cuestionario. La defensa les replanteó en audiencia pública pero no tuvo eco en la contestación del jurado.

El nuevo debate probatorio que hace el censor no tiene cabida en la causal de casación por él escogida y tampoco cabría si hubiera alegado la causal primera porque tal proceder no es de recibo en los juicios por jurado. Si se trata de una petición de declaratoria de contraevidencia del veredicto tal punto se agitó en las instancias y no puede llevarse al recurso de casación.

5. Las consideraciones de la Sala:

A pesar de que se alegan causales de casación distintas, las de los numerales 3º y 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal para seguir el orden en que las coloca el censor, una y otra giran alrededor del mismo tema: La pretendida existencia de una sentencia de condena fundamentada en un veredicto que se califica de "notoriamente contradictorio".

La ..... que orienta al recurso de casación indica que debe examinarse, por abarcar un mayor ámbito procesal, al cargo de nulidad (causal 4ª) que para el caso presente se cataloga de rango constitucional (art. 26 de la Carta). Acontece, sin embargo, que por razón de la unidad de tema que se apunta en el parráfo anterior, basta para dejar solucionada en su totalidad la censura examinar si existe veredicto contradictorio en el proceso.

En este orden de cosas resulta plena y completamente comprobado que de los tres (3) ciudadanos que integraron el jurado dos (2) contestaron afirmativamente al cuestionario que les preguntó sobre la responsabilidad del procesado como autor de un delito de homicidio sin agravantes ni atenuantes. El tercero vaciló y contestó de la siguiente manera: "Sí mató, pero no tengo prueba si fue en defensa propia o voluntaria". Esta última contestación es censurable porque ni afirma ni niega pero no cuenta ante la contestación afirmativa mayoritaria. Así las cosas no puede hallarse el veredicto contradictorio que como base de las dos causales aducidas se alega.

Posiblemente se trata de una confusión entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. Lo cierto es que según los análisis probatorios, reconocimientos y valoraciones que la demanda trae, el reproche consiste en afirmar que desconoció el jurado una posible circunstancia de justificación o, al menos, de atenuación de responsabilidad y consiguiente pena. En este caso el veredicto estaría en discordancia con la prueba obtenida en la sumaria y en la causa y ello daría base para solicitar su declaratoria de contraevidencia. Las dos instancias no fueron ajenas a esta posibilidad y la desecharon uno y otro juzgadores. El punto no puede replantearse en sede de casación así se lo disfrace de contrariedad de veredicto. La censura no prospera.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PREVARICATO

Cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sub júdice

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 11.

Vistos:

Resolverá la Sala sobre apertura de investigación penal solicitada en denuncia que formulara ante esta Corporación el abogado *Ciro Alfonso Medina Santos* en relación con providencia emitida por los doctores *Dídimo Páez Velandia, Humberto Rodríguez Robayo* y *Arturo Linares* como integrantes de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá.

Hechos:

El denunciante afirma que los Magistrados Páez, Rodríguez y Linares cometieron delito de prevaricato al imponerle sanción disciplinaria por supuestas faltas contra la ética profesional, hechos estos que ya habían sido investigados por el Magistrado Medina Moyano, quien no halló mérito para iniciarle proceso.

Resultandos:

Del proceso disciplinario adelantado contra el abogado Medina Santos, cuya fotocopia se obtuvo durante la fase de indagación preliminar decretada, y de otros documentos aportados por el mismo denunciante, emergen los siguientes elementos de juicio:

1. El 12 de abril de 1978 Jorge Enrique Peralta De Brigard denunció ante la Procuraduría General de la Nación al Juez 23 de Instrucción Criminal Carlos Manuel Castillo y al abogado Ciro Medina Santos, por irregularidades cometidas en el curso de una diligencia de inspección judicial.

2. Tramitada la averiguación administrativa correspondiente, la abogada visitadora de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial concluyó en informe rendido a su superior el 21 de noviembre de 1981, que existía mérito para correr traslado de cargos al juez acusado y para enviar las diligencias pertinentes al Tribunal de Bogotá "con el objeto de que si lo estima procedente, sea investigada la conducta del abogado Ciro Alfonso Medina Santos, en consideración de sus actuaciones como representantes de la parte civil en el mismo proceso contra el señor Jorge Enrique Peralta De Brigard".

3. El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial en providencia del 12 de noviembre de 1979, acogiendo las conclusiones de su colaboradora, dispuso correr traslado de cargos al juez y remitir fotocopia de las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá para que decidiera lo pertinente en relación con la conducta del abogado.

4. Llegada dicha actuación administrativa al Tribunal y habiendo correspondido en reparto al Magistrado Dídimo Páez Velandia, este, en Sala Disciplinaria compuesta, además, por los Magistrados Rodríguez Robayo y Linares Ortega, decidió iniciar acción disciplinaria por supuesta violación de los artículos 50 y 52 numeral 2º del Decreto 196 de 1971, en auto del 12 de agosto de 1980.

5. Al descorrer el traslado pertinente, el abogado Medina Santos afirmó entre otras cosas que "los mismos hechos los denunció este sujeto ante el Magistrado Ricardo Medina Moyano, quien me absolvió de todo cargo..."

6. Ante tal manifestación el Magistrado ponente doctor Páez Velandia dispuso, por auto del 8 de octubre de 1980, solicitar información sobre si había cursado algún proceso disciplinario contra el abogado Medina Santos en el despacho del Magistrado Medina Moyano.

7. En constancia del 19 de noviembre siguiente la Secretaría del Tribunal dio respuesta negativa a la anterior solicitud.

8. Más tarde la petición fue reiterada en relación con el nuevo Magistrado Augusto Lozano, con idéntica respuesta secretarial.

9. Luego de algunas incidencias procesales (dos nulidades decretadas), el expediente pasó a fiscalía para rendir el concepto de rigor; en cumplimiento de esa obligación, el Fiscal Segundo de la Corporación solicitó sanción para el abogado Medina Santos por violación de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 196 de 1971.

10. Vencido el término para alegar sin que dentro de él hubiese intervenido el acusado, la Sala resolvió en providencia del 29 de octubre de 1981 sancionar el abogado Medina Santos con la suspensión por un año del ejercicio de la profesión como responsable de las faltas disciplinarias descritas en los artículos 50 y 52 del Decreto 196 de 1971.

Considerandos:

1. En la tramitación del proceso disciplinario adelantado al abogado Medina Santos no se evidencia ninguna irregularidad sustancial que hubiese afectado el debido proceso ni conculcado su derecho de

defensa; dos vicios formales oportunamente observados, se subsanaron luego de reconocidas sendas nulidades. Por este aspecto, pues, ha de concluirse que la actuación del Magistrado ponente, y de contera la de sus compañeros de Sala, estuvo ceñida a derecho.

2. En cuanto a la providencia misma que sancionó disciplinariamente al abogado Medina Santos, se observa que en ella se mencionan y analizan tanto las pruebas allegadas durante la indagación administrativa de la Procuraduría como las que dispuso practicar el Magistrado ponente, entre ellas una diligencia de inspección judicial sobre el proceso que dio lugar a la queja formulada por el señor Peralta de Brigard; dicho análisis se orienta a demostrar, con argumentos racionales, que de esos elementos de juicio, y particularmente de la diligencia controvertida que practicara el juez Castillo y de los testimonios de Miryam Cano Alvarez y de Miryam Guevara —secretarias del señor Peralta de Brigard— se desprende prueba suficiente para concluir que el abogado Medina Santos incurrió en faltas contra la ética profesional (proferimiento de injurias contra Peralta y toma de documentos y otros objetos que ninguna relación tenían con la investigación penal que dio lugar a tal diligencia) que ameritaban sanción de suspensión temporal del ejercicio de la profesión, habida cuenta de que existía constancia de más de treinta sindicaciones por faltas disciplinarias.

3. *Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, y lo será cuando al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta* sub júdice, *porque para la corrección de esos humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquél, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y la que ha debido hacer.*

4. Examinada con esa perspectiva la sentencia de los Magistrados acusados, no se encuentra que ella pueda tildarse de manifiestamente ilegal, ni siquiera con el argumento del *non bis in ídem* planteado por el denunciante, pues que el auto inhibitorio proferido por el Magistrado Medina Moyano sobre el cual tanto énfasis hace, no se refiere a él sino al juez Castillo Gualtero como fácilmente se comprueba con la sola lectura de la parte resolutiva de dicha providencia, y como se deduce, además, de las constancias secretariales que no muestran determinación anterior del Tribunal en relación con la conducta que ahora dio lugar a la sanción disciplinaria impuesta al abogado denunciante. Pero es que, aún tratándose de los mismos hechos y de la misma persona,

la situación no variaría porque el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada y no impide, por lo mismo, que se inicie más tarde acción penal o disciplinaria.

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

Abstenerse de iniciar sumario a los Magistrados Dídimo Páez Velandia, Humberto Rodríguez Robayo y Arturo Linares Ortega en razón de los hechos denunciados por el abogado Ciro Alfonso Medina Santos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras, Horacio Gómez Aristizábal, Conjuez; *Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

DEMANDA ANTITECNICA

Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan claro y grave defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ellas se pretendió sustentar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 11 de febrero de 1983.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Luis Alberto Calle Muñoz* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín del 16 de febrero de 1982, mediante la cual confirmó, con algunas modificaciones la del Juzgado Décimo Superior de esa capital dictada el 16 de septiembre de 1981, condenándolo con otro, a la pena principal de 66 meses de prisión y accesorias de rigor por el delito de homicidio en la persona de *Eladio Antonio Lopera Arroyave.*

Hechos:

Han sido narrados en la siguiente forma:

"...En las horas de la tarde del día primero de diciembre de 1979, aproximadamente a las dos, se encontraba el señor Eladio Antonio Lopera Arroyave en el interior de la habitación de la carrera 32 número 59-02 localizada en el barrio Enciso de esta ciudad, de propiedad de Mario Echeverri Gutiérrez, la cual ha sido señalada como una guarida de ladrones y sitio predilecto de expendio de marihuana, no se sabe concretamente haciendo qué, pero lo acompañaba Mauricio Jaramillo Baena. Allí hicieron su ingreso también Luis Alberto Calle Muñoz (a. 'mellizo'), y Raúl Alonso Hernández Muñoz (a. 'clavito'), el primero de los cuales le pidió a los otros dos que la regalaran una determinada cantidad de dinero, habiendo obtenido respuesta negativa. Parece que por ese solo detalle se irritó, porque a los pocos momentos Calle Muñoz acometió con un madero o garrote a Lopera Arroyave, lo

lanzó al suelo a base de golpes y después le causó una o dos cuchilladas con arma que portaba. En momentos en que la víctima salía de la casa, ya herida, Hernández Muñoz le hundió otro acero en una ocasión por el costado derecho, yendo a caer en la parte exterior de la casa en donde al parecer murió.

La desfachatez de estos malandrines fue tan manifiesta que a continuación se retiraron del lugar y tranquilamente se fueron a libar etílicos al granero 'el favorito', sin importarles que en la calle habían dejado tendido el cuerpo del instructor, el cual fue llevado a la Policlínica por otras personas, pero ya se encontraba sin vida. Ese mismo día algunos representantes de la gendarmería aprehendieron a los sindicados, así como también a José Alfredo Palacio Montoya que les hacía compañía en esos momentos, habiendo incautado en el establecimiento comercial referido tres armas blancas que al decir de los agentes fueron dejadas allí por la terna de retenidos..."

La demanda:

Aduce un solo cargo al amparo de la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.), pues estima que la ley sustancial, representada en los artículos 36 y 37 del Código Penal de 1936, fue violada de manera directa al dosificar el fallador la pena en forma excesiva, incurriendo, por consiguiente, en una aplicación indebida de las citadas normas.

Para sustentar el reproche, expresa:

"...Realmente para aplicar la sanción fijada en la norma legal respectiva, el fallador debe atender a la gravedad, modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente.

Pues bien. Si en forma muy atenta se profundiza en las declaraciones de autos..."

Por esta vía el recurrente aborda los testimonios de Mauricio Jaramillo Becerra, Lourdes Tuberquia, Estella Echeverri y la propia versión del otro incriminado. Del mismo modo descalifica la certificación de la cárcel sobre entradas a ese establecimiento de su patrocinado.

Con ese estudio probatorio intenta demostrar que no es un antisocial, un marihuanero, un hombre peligroso, pues, además, carece de antecedentes.

Para terminar pidiendo la infirmación del fallo para que le sea rebajada al mínimo la pena impuesta, concluye:

"...Incurrió, en consecuencia, el Tribunal, en error de *hecho*, al considerar que existen las causales por antecedentes, peligrosidad etc., en Calle Muñoz, que obligan aumentarle la sanción.

Y en error de *derecho*, al aplicar normas que no son aplicables y que dejé ampliamente analizadas..."

El Ministerio Público:

Para pedir que se desestime la demanda por errores de técnica, observa:

"...una notoria contradicción de la demanda constituye el punto de partida del Ministerio Público para su respetuosa solicitud, pues se afirma que el artículo 36 del Código Penal de 1936 fue violado en forma directa, cuando todas las argumentaciones se fundamentan en la ausencia de prueba para demostrar circunstancias que podrían agravar la pena imponible al condenado recurrente, lo que en concreta técnica debería ser alegado a través de la violación indirecta de la ley sustancial.

Tampoco acepta el Ministerio Público que se trate de 'aplicación indebida' del artículo 36 del Código Penal recientemente derogado, habida cuenta de que la aplicación indebida supone el que en forma equivocada se resuelva un caso con disposición legal que no le corresponde; vale decir que se soluciona una situación de hecho con norma legal no aplicable al supuesto regulado. Ese planteamiento resulta inapropiado frente a una sentencia de condena, pues el artículo 36 del Código Penal de 1936 contiene las bases fundamentales que permiten dosificar la punibilidad, de modo que resulta imprescindible su aplicación frente a esta clase de sentencias.

Ni aparece adecuada la generalización que en la demanda se hace sobre la violación directa del artículo 37 de la misma codificación, pues en ella se afirma que de ninguna de las dieciseis hipótesis previstas en tal norma resulta aplicable al caso, sin que el impugnante se tome el trabajo de señalar en concreto cual de los numerales de dicho artículo estima indebidamente aplicado, ni señale la forma de la violación en que pudo haberse incurrido..."

Se considera:

Tiene razón el Procurador Delegado de pedir que se deseche la demanda por faltas graves de técnica en la formulación del único cargo que propone en el marco del cuerpo primero (violación directa) de la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.).

El demandante se dedica, en la parte introductiva de su libelo, a hacer un estudio probatorio del proceso, sin arte ni beneficio alguno. Y, ya dentro de la acusación concreta, se puso a examinar de nuevo varios de esos medios de convicción para oponer su criterio personal al que tuvo sobre ellos el sentenciador.

El actor olvidó que cuando se invoca la violación directa de la ley, hay que aceptar la prueba tal y como la estimó el juzgador y, jamás cuestionarla; esta es la regla de oro que distingue prima facie *la violación directa de la indirecta en donde es de su esencia el rechazo frontal de la apreciación probatoria sobre la cual se edificó la sentencia impugnada.*

Se acentúa esta falla cuando el censor alude a errores de hecho y de derecho, propios de la violación indirecta de la ley.

No se percató el casacionista de que el ataque a la prueba está vedado en los juicios en que interviene el jurado, porque, de prosperar la impugnación, se tendría que casar el fallo desconociendo el veredicto, lo que pondría a la Corte frente al imposible lógico de violar ella misma el debido proceso.

Los errores anotados llevaron al actor a caer en serias contradicciones y desatinos que hacen sustancialmente inepta la demanda. En tales condiciones, no puede prosperar el cargo en ella propuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el dieciseis de febrero del año pasado, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria, Pedro Elías Serrano Abadía, Carlos Upegui Zapata, Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación no debe disponerse por simples conjeturas o aprehensiones sobre la suerte del proceso o cuando los motivos de perturbación sean pasajeros; para su concesión se requiere un juicio ex-ante, que aun cuando no requiere plena prueba para su fundamentación; lleve a la sentida convicción de que esos factores son elementos perturbadores de la normal administración de justicia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos:

El doctor *Eduardo López Estrada,* Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, dispuso el envío a esta Corporación de la solicitud hecha por el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Santa Marta en la que demanda cambiar la radicación del proceso que se adelanta contra *Jorge Muriel Arango,* por los delitos de homicidio y fuga de presos, con el fin de que se emita el concepto previsto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

Resultandos y considerandos:

1º En el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta se adelanta un proceso por el delito de homicidio en la persona de Juan Alvarado. A este proceso se acumuló otro delito de fuga de presos, mediante providencia del 14 de julio de 1981.

2º El cambio de radicación de este proceso había sido solicitado en oportunidad anterior por el apoderado del sindicado, por cuanto el occiso pertenecía a "una familia demasiado peligrosa, y belicosa". Esta solicitud fue apoyada por el agente del Ministerio Público, quien estimó que los jurados eran renuentes a cumplir con su deber legal y por cuanto consideró que la vida del procesado corría peligro en la ciudad de Santa Marta.

La Corte, en providencia del 18 de septiembre de 1979, conceptuó desfavorablemente sobre la petición, en atención a que no aparecían

perfectamente acreditados los motivos por los cuales se impetraba el cambio de radicación.

3º Como fundamento de su solicitud transcribe el señor Fiscal del Juzgado Superior diversas piezas procesales de las cuales se destaca lo siguiente:

a) Los hechos, que tuvieron lugar en Santa Marta el 10 de septiembre de 1977, ocurrieron, según las constancias procesales con que cuenta la Corte, cuando un grupo de personas que se transportaban en una camioneta Ranger dio alcance a otro vehículo en donde iba el hoy sindicado Muriel Arango. Entre éste y el grupo de personas que lo perseguía se presentó un abaleo de proporciones mayores que determinó la muerte de Juan Alvarado;

b) De acuerdo también con las constancias procesales de que dispone la Corte, el incidente se produjo como consecuencia del enfrentamiento de dos grupos rivales. Fredy Calderón Rosado, al parecer jefe de uno de esos grupos, acepta que durante 18 meses Muriel fue su guardaespaldas (fl. 33). A su vez el procesado dijo en su indagatoria que "...Han habido amenazas de parte de Samuel Alarcón de tenerme que matarme a mí o a Fredy Calderón..." (fl. 24); además informó que esa enemistad surgió "...desde el 20 de mayo de 1976 día en que fue asesinado Edemar Calderón en la ciudad de Barranquilla y se supo que había sido Samuel Alarcón quien había dado muerte al hermano de Fredy" (fl. 22).

Por su parte Samuel Alarcón manifestó:

"El día 7 de septiembre en compañía de Carlos Durán y de dos amigos más Rodrigo Medina y Tobías Medina, me dirigía de la finca hacia el lugar de mi residencia Barranquilla, y en el tramo de la carretera, Ciénaga Barranquilla, se me atravesó una camioneta color plomo, Tránsito Libre, G. M. C., iban cuatro señores, que de ellos el único que conocí fue al señor Fredy Calderón, cuando me atravesó la camioneta y revólver en mano me dijo, que él quería arreglar un problema con mi persona porque él había sabido que yo era amigo de David González, que ellos dos tienen un problema personal, yo le dije que yo podía tener relaciones con cualquiera porque ese problema era de ellos dos, y yo no tenía nada que ver con eso, así como era amigo de Davida, también era amigo de él, en esos momentos un muchacho joven, le quitó del cinto la pistola a mi amigo Carlos Durán y dijo que había que matarnos, yo comencé a investigar en ese mismo instante quien era ese muchacho y me informaron que le llamaban El Cali, Fredy me dijo, que me iba a perdonar la vida y yo le contesté que si iba a proceder conmigo en esa forma porque si yo era amigo de David, me dijo que me la perdonaba porque estaba trabajando en esa jurisdicción, después ellos se fueron, desde el sitio donde ocurrieron esos hechos, con destino a un pueblo que llaman La Isla, yo seguí para Barranquilla y allí cuando llegué le informé a mis familiares lo ocurrido, entonces ellos me dijeron que teníamos que ir a Santa Marta, porque la situación no había quedado clara" (fls. 185 y 185 reverso).

Los miembros de cada uno de los grupos en conflicto se hacen mutuos reproches sobre la peligrosidad de sus opositores (fls. 29, 34);

c) Todas las personas vinculadas a estos hechos dicen poseer armas de la más variada clase (fls. 16, 23, 33). El mismo procesado reconoce que la pistola que portaba el día del homicidio estaba cargada con proyectiles explosivos (dum dum) y hasta la propia esposa de la víctima, al tener conocimiento de la balacera en que murió su marido, acudió, aun cuando en forma tardía, fuertemente armada al lugar de los hechos (fl. 14). Informó además que "Samuel Alarcón le está debiendo la suma de cuatro millones de pesos a mi marido Juan" (el occiso) (fl. 14);

d) Las diligencias practicadas dentro de este proceso han sido rodeadas de algunas precauciones habida cuenta de la personalidad de los protagonistas. Para la práctica de la reconstrucción de los hechos el juez solicitó la colaboración de las autoridades de policía pues "...se trata de una diligencia delicada, por lo tanto debe practicarse con todas las precauciones del caso" (fl. 35). El mismo funcionario se dirigió al Comandante del Batallón Córdoba, a fin de que los auxiliaran en la diligencia de reconstrucción "...con el fin de evitar algún atentado contra el sindicado o personal de la diligencia" (fl. 37);

e) Jorge Arturo Muriel Arango se fugó de la cárcel de Santa Marta (fl. 37). Posteriormente ingresó con otro nombre, a la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, sindicado de violar el Decreto 1188 de 1974.

Desde su nuevo lugar de reclusión dirigió un memorial al Juez Superior de Santa Marta en el que dice: "Como ya lo entenderá, espero cualquiera notificación en este lugar de detención o sea en la Cárcel Nacional Modelo, con el nombre de Jaime Alberto Carvajal" (fl. 39).

El Director de la Cárcel de Santa Marta había solicitado el traslado de Jorge Arturo Muriel Arango o Jaime Alberto Carvajal González (... por inseguridad de cárcel y alta peligrosidad, razón por la cual la Dirección General de Prisiones ordenó el traslado del citado recluso a la Penitenciaría de Tunja) (fl. 40);

f) Informa igualmente el señor Fiscal en su petición que tres de los jurados de conciencia sorteados se han excusado para concurrir a la diligencia de audiencia pública (fl. 42). Agrega además que el ambiente social de la ciudad de Santa Marta, que ha dado lugar al aplazamiento de diligencias, constata la necesidad del cambio de radicación. Recuerda que las diligencias de indagatoria de un grupo de personas fue necesario recibirlas en Riohacha, lo que da fundamento "...para creer que existe peligro en la vida de estas personas y máxime que si lo existió para estas diligencias con mayor razón para el acto público de la audiencia pública".

4º *El cambio de radicación de los procesos previsto en los artículos 44 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, constituye medida excepcional que tiende a evitar que factores imperantes en el lugar del juzgamiento puedan atentar contra la recta administración de*

justicia. Así mismo el ordenamiento procesal tiene previsto el cambio de radicación por enfermedad grave y comprobada del procesado y el especial cambio de radicación de los procesos que se adelanten contra miembros de la Policía Nacional o del Departamento Administrativo de Seguridad, por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Estos dos últimos mecanismos legales se han instituido en beneficio de los procesados en orden a dar cumplimiento a garantías constitucionales y por razones de seguridad de los incriminados.

La necesidad de que la justicia se imparta en forma recta, representa el fundamento primario del cambio de radicación. En consecuencia, atenta contra esta primordial finalidad de la ley cualquier factor que perturbe en forma grave la imparcialidad e independencia de los jueces, que impide el normal desarrollo del proceso o que represente peligro para la paz ciudadana o la integridad de los sujetos procesales.

La ley faculta a los funcionarios para que antes de decidir sobre el cambio de radicación, averigüe "por los medios que crea conducentes los motivos del traslado". Lo anterior significa que el cambio de radicación no debe concederse por simples conjeturas o aprehensiones sobre la suerte del proceso, o cuando los motivos de perturbación sean pasajeros; para su concesión se requiere un juicio ex-ante *que aun cuando no requiere plena prueba para su fundamentación, lleve a la sentida convicción de que esos factores son elementos perturbadores de la normal administración de justicia y que la única forma de removerlos es a través del cambio del lugar en donde debe realizarse el juzgamiento.*

En el caso presente el cambio de radicación del proceso ha sido solicitado en dos oportunidades. En la primera ocasión se dio concepto adverso, por cuanto para entonces se carecía de elemenos de convicción que permitieran hacer un juicio, siquiera aproximado, sobre el proceso y sus protagonistas. Ahora el señor Fiscal del Juzgado Superior ha acompañado a su pedimento piezas del proceso que ponen de relieve que los hechos que ahora se juzgan son un eslabón dentro de una cadena de actos criminales aguzados por oscuros designios vindicativos.

Podría pensarse que el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos ha restañado heridas; no obstante lo cierto es que el proceso no ha podido llegar a su culminación y que en buena parte ello obedece a la renuencia de los jurados de conciencia a cumplir con el deber que les impone la ley. Esta circunstancia y el hecho de que el procesado pida al juez que se le identifique, en otra cárcel y luego de su fuga, con un nombre diverso, hace pensar que el miedo todavía representa un factor perturbador para el normal juzgamiento de Jorge Arturo Muriel Arango en la ciudad de Santa Marta.

En atención a las precedentes consideraciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, emite *concepto favorable* sobre la solicitud de cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta, contra el procesado Jorge Arturo Muriel Arango, por los delitos de homicidio y fuga de presos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

El delito se consuma con la falsificación y su uso, pero puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos:

El Juzgado 24 Superior de Bogotá se declaró incompetente para conocer de esta actuación, por el delito de falsedad, que envió al Tercero también Superior de Tunja, fundado en la consideración de que se trataba de falsedad en documento privado, del cual se había hecho uso en aquella ciudad donde, por consiguiente, quedaba determinada la competencia.

El de Tunja, por el contrario, consideró que la competencia concernía al Juzgado de Bogotá, pues, a su juicio, la falsedad se había consumado al momento de suplantarse a una persona muerta ante el Notario 18 de esa ciudad, con el propósito de hacer, en lugar del fallecido, el traspaso de la propiedad de un vehículo que en vida había pertenecido a éste.

Resultando:

1. Los hechos materia de la investigación, correctamente determinados por el Juzgado 24 Superior de Bogotá, son los siguientes:

"...Dió base a ésta investigación los hechos denunciados por la señora María Eva González viuda de Garavito, en que da cuenta, que al acercarse a las oficinas de Circulación y Tránsito de Tunja (Boyacá), con el propósito de indagar sobre los papeles del vehículo camión, marca Fargo, modelo 1954, tipo estacas, color azul grisoso, motor número T346-3456, de dos puertas, capacidad cinco toneladas, placas número XA-03-67, servicio público, cuyo propietario era su difunto esposo Pioquinto Garavito, quien falleció el 29 de noviembre de 1967, encontró que aparecía vendido por el interfecto en septiembre 12 de 1978 a

Luis Emilio Tolosa Forero, según documento 'autenticado en la Notaría 18 de esta ciudad'...".

"...El documento dubitado consiste en la petición que obra a folio 265 del cuaderno original, elevada presuntamente por Pioquinto Garavito, al señor Director de Tránsito y Transportes, con el fin de que éste dispusiera el *'traspaso'* del automotor de su propiedad, a favor del señor Luis Emilio Tolosa Forero, memorial debidamente autenticado por el vendedor y comprador ante el Notario Dieciocho (18) de Bogotá y Primero (1º) de Tunja, respectivamente, para posteriormente ser presentado en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Tunja, donde está debidamente matriculado el vehículo descrito por la denunciante..." (fl. 322).

2. El Juzgado 24 de Bogotá ha estimado que es incompetente con base en las siguientes consideraciones:

"...Tenemos pues, que el reato se consumó sobre un documento privado auténtico, porque como se dijo, fue reconocido ante *Notario,* más sin embargo, a lo largo de la investigación no se ha establecido en qué lugar se confeccionó y ante la imposibilidad de saber el sitio donde se elaboró el memorial de traspaso redargüido, para determinar la competencia, debemos tener en cuenta entonces el sitio donde se hizo valer, esto es, en la localidad de Tunja (Boyacá). Así las cosas, se remitirá la actuación al señor Juez Superior Reparto de Tunja..."

El de Tunja, por su parte, lo ha hecho con fundamento en estas:

"...el documento que se dice es falso es el que contiene la firma que fue autenticada en la ciudad de Bogotá y mediante la suplantación de una persona por cuanto la que aparece autenticando su firma ya había muerto; ante el señor Notario de Bogotá tuvo que haberse presentado una persona haciéndose pasar por otra, es decir, suplantándola y en ese momento en que esa persona estampó su firma y el señor Notario hizo lo mismo, autenticando la firma de la persona que suplantaba, se cometió el hecho punible. Antes de que el señor Notario autenticara la firma, el documento en que se habían estampado las otras era un documento sin valor alguno ya que necesitaba la autenticación del notario para que tuviera validez y así hubieran firmado ese documento en Tunja, o en Barranquilla, el hecho cobró vida jurídica cuando se presentaron ante el Notario a autenticar la firma y se suplantó aquella persona..."

"...Para este juzgado como ya lo dijimos, no hay duda alguna respecto a que fue en Bogotá, donde se cometió el hecho punible porque fue allí en la Notaría donde nació y cobró vida..." (fls. 343 a 344).

Considerando:

No cabe duda y así lo admiten los funcionarios trabados en la colisión sometida al estudio de la Corte, que el escrito a que se refiere el proceso es un documento privado y que es, además, formalmente auténtico, por haber sido reconocido ante el Notario 18 de Bogotá; la diferencia de criterios entre uno y otro estriba, sustancialmente, en

que para el juez de Bogotá de ese documento privado, así ideológicamente falsificado, se hizo uso, con el objeto de obtener un aprovechamiento derivado del traspaso del vehículo, ante el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Tunja, donde estaba matriculado, en tanto que para el juez de Tunja el delito se perpetró al sustituirse o suplantarse a la persona del propietario, ya fallecido, de quien el falsario se atribuyó nombre y demás calidades, logrando de tal modo el reconocimiento notarial falso.

A la luz de las disposiciones del Código Penal, actualmente vigente, asiste toda la razón al Juzgado 24 Superior de Bogotá, pues, en tratándose de falsedad en documentos privados, la infracción sólo se consuma cuando se hace uso de estos y, por consiguiente, en el lugar donde su utilización tiene ocurrencia (art. 221, Decreto 100 de 1980), que en el caso controvertido es el Distrito Judicial de Tunja.

Tiene razón el Juzgado Superior de Bogotá, además, porque la norma en que parece basarse el de Tunja es la contenida en el artículo 227 ibídem, *que se aplica cuando se pretende un aprovechamiento sustituyendo o suplantando a una persona o atribuyéndose, nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, lo que si bien es cierto que también ocurrió en el asunto materia de la controversia, es comportamiento que no puede sancionarse, sin embargo, frente a la norma invocada por el Juzgado de Bogotá, por ser la disposición del artículo 227 apenas supletoria, esto es, aplicable "siempre que el hecho no constituya otro delito", pues constituyéndolo el de falsedad, por uso del documento privado falsificado, contenido en el artículo 221* ibídem, *que aquí se da, es ésta la que prevalece para todos los efectos procesales y, por tanto, para fijar la competencia.*

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— *dirima* la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado 3º Superior de Tunja, al que, en consecuencia, se enviará el expediente, remitiendo copia de esta providencia al 24 Superior de Bogotá.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPEDIMENTOS

Artículo 78, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal
La simple denuncia contra el funcionario no se halla consagrada en el elenco de las que allí aparecen

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 15. Expediente número 27981.

Vistos:

La doctora *Luz Stella Mosquera de Meneses*, Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se declaró impedida para conocer de estas diligencias seguidas contra la doctora *Alcira Uribe de Calle*, Exjuez 75 de Instrucción Criminal de esta ciudad.

El impedimento:

Las razones que invoca la Magistrada Mosquera de Meneses, son las siguientes:

"El impedimento obedece a que, como lo he hecho en oportunidades anteriores en que ha actuado el profesional en mención, hace algún tiempo el doctor Román Peñaranda denunció a la suscrita, como Juez de Instrucción Criminal de Bogotá".

"Bien es cierto que entre las causales de recusación, señaladas de manera taxativa en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, no figura la denuncia al funcionario, también lo es que cuando aquella quebranta el equilibrio debido, la imparcialidad propia de quien administra justicia, surge el impedimento".

"Sin embargo, podría cuestionarse el planteamiento en el evento presente por cuanto no se tiene prueba ni sobre el sentimiento de enemistad ni sobre la reciprocidad del mismo. En cuanto al primero de los presupuestos, como es aspecto de fuero interno, sólo está en condiciones de manifestarlo el funcionario contra quien se ha formulado la denuncia. En cuanto al segundo, como de lo que se trata es de garantizar una correcta administración de justicia, mal podría exigirse correspondencia cuando el sentimiento provenga unilateralmente del

funcionario. Porque sí el ánimo del juzgador no se ha afectado con la denuncia, no solamente debe aprehender el conocimiento sino rechazar la recusación, si ésta se presenta".

Por su parte la Sala Dual correspondiente rechazó el impedimento, con estos argumentos:

"La honorable Magistrada da a entender que a pesar de que la denuncia contra el funcionario no es causal de recusación, surge el impedimento cuando ésta quebranta el equilibrio debido y la imparcialidad propia de quien administra justicia. Pero ello no significa, en modo alguno, que de la sola denuncia se desprenda ese sentimiento de animadversión y enemistad grave, necesarios para separar del conocimiento al funcionario que las experimenta hacia alguna de las partes interesadas en el proceso, como reiteradamente lo ha sostenido la honorable Corte Suprema a la luz de las causales establecidas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal".

"De acogerse sin reserva tal planteamiento, podría llegarse a extremos tales de que ya no sólo por la vía de la simple denuncia sino a través de cualquier memorial irrespetuoso contra el funcionario, éste pudiera tomar tales manifestaciones de irrespeto para edificar sobre ellas un sentimiento de enemistad grave hacia el memorialista, cuando es obvio que tal motivo no puede tener semejantes alcance o trascendencia que pueda originar la causal de impedimento. Y cuán peligroso e inconveniente sería para la administración de justicia dejar por ese camino al arbitrio de las partes interesadas en el proceso, desplazar el expediente de un despacho judicial a otro escogiendo, dado un caso, al juez que fuera de sus conveniencias o agrado".

Se considera:

Han sido constantes las decisiones de esta Sala con relación a los motivos de impedimento o recusación de los jueces o magistrados a la luz del numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

La norma en cita consagra taxativamente los motivos de impedimento o recusación y la simple denuncia contra el funcionario no se halla consagrada en el elenco de las que allí aparecen. Tampoco puede acudirse a la vía de la aplicación extensiva de normas del Código de Procedimiento Civil, permitida por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal. De aceptarse tal hipótesis, se violaría ese principio de taxatividad que informa las causales de impedimento o recusación en el derecho penal y se estaría facilitando a las partes escoger el juez de sus asuntos.

Cosa distinta ocurre cuando la denuncia da origen a un proceso penal o disciplinario por cuanto la función jurisdiccional debe estar rodeada de desinterés para garantizar su imparcialidad, más aún, cuando es ésta la que debe ejercerse por el juez o magistrado en la persona y bienes de quien proviene la denuncia.

Y, no aparece manifestación alguna por parte de la funcionaria sobre el curso de la denuncia que el profesional del derecho entabló en su contra, ni los motivos subjetivos que la llevan a proponer su

impedimento. Simplemente alega la existencia de una denuncia en el pasado y su consecuencial inconformidad con ella, sin determinar el grado de enemistad que tal hecho haya producido en su ánimo contra el denunciante.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara infundado* el impedimento manifestado por la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses, en su calidad de Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para conocer de este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSOS

EFECTO EN EL CUAL SE CONCEDEN:

ARTICULO 196 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

EXCEPCIONES

El artículo 196 de la obra citada, no debe entenderse en forma discriminada pues una valoración de esta índole comprendería los fines del sumario, las normas generales y especiales que la estructuran y daría lugar a considerar como torpeza legislativa la susodicha disposición

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 15 de febrero 15 de 1983.

Vistos:

El proceso que actualmente se adelanta contra el doctor *Raúl Quevedo Cubillos,* como Juez 17 Civil de Circuito de esta ciudad y por el presunto delito de prevaricato, se encuentra en estado de sumario.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de 4 de octubre de 1982, resolvió: "1º No decretar la cesación de procedimiento en los presentes sumarios. 2º Comisionar al Juzgado 16 Penal de Circuito, para que en el término de treinta (30) días evacúe las diligencias echadas de menos".

En proveído de 8 de noviembre del año en referencia, se concedió en el efecto devolutivo la apelación interpuesta por el sindicado.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal, en petición de 31 de enero, afirma con base en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, que el recurso, en cuanto su efecto, fue mal concedido. Insiste en que debe hacerse con suspensión de la averiguación.

La Corte no está de acuerdo con el disentimiento y solicitud de la Delegada, pues estima que el artículo 196 de la obra citada, no debe entenderse en forma indiscriminada pues una valoración de esta índole

confundiría los fines del sumario, las normas generales y especiales que lo estructuran y daría lugar a considerar como torpeza legislativa la susodicha disposición.

Un pedimento de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que puede repetirse incesantemente o formularse escalonadamente por varios procesados, conduciría a la parálisis de la investigación y, por ende, a la pérdida o deterioro de oportunidades propias a la demostración de circunstancias favorables al pleno esclarecimiento de los hechos. No es esto sino algo muy distinto lo que quiere el procedimiento penal y de ahí lo perentorio del principio: En el sumario los recursos se conceden en el oficio devolutivo, procurándose mantener dinámica y actuante la averiguación. Dos de sus excepciones (sobreseimiento definitivo y auto de proceder) no requerían la salvedad pues un criterio bien orientado establecería que si alguien considera como reales uno de los factores indicados en el artículo 491 ibídem, *mal puede reclamar la facultad de continuar investigando algo que ya no merece ser investigado o sobre lo cual está agotado, en favor del procesado, todo intento de perfeccionamiento de la indagación; o tratándose del auto de proceder, la orden u órdenes contenidas en el mismo (v. gr. responder de un cargo, soportar una privación de libertad, realizar un embargo, requerir una extradición, etc.), resulta obvio que su cumplimiento y siguiente prosecución, exigen la consolidación de esta especial determinación del sumario (calificación del mismo), lo cual sólo se consigue cuando se han definido los recursos interpuestos y se ha producido su ejecutoria.*

Evidente aparece, igualmente, que el sobreseimiento temporal, que está demandado con apremio la continuación del sumario, no puede cohibirse con la suspensión de las facultades instructorias del juez o magistrado. Casi puede decirse que la mención del sobreseimiento definitivo se hace para respaldar lo notorio, esto es, que no vaya a pensarse que todo sobreseimiento (en donde estaría incluido el temporal) provoca esa comentada suspensión.

Y en cuanto al artículo 163, el artículo 196 debe interpretarse en el sentido de producir la suspensión de la averiguación, cuando se accede a su reconocimiento. El juez o magistrado está indicado, con una determinación de esta naturaleza, que no encuentra nada que dilucidar ni hay, por sustracción de materia, apremio de averiguación. A esta eventualidad se refiere tal dispositivo. Pero cuando la decisión resulta en forma contraria, vale decir, se niega o rechaza la cesación de procedimiento, el sumario debe continuar y hay requerimiento de urgencia en mantener en condiciones idóneas la labor de instrucción. Por eso esta situación, tan similar al sobreseimiento temporal, impone la concesión del recurso de alzada en el efecto devolutivo.

Esto último es lo acontecido en este proceso.

Conviene agregar que esta apreciación coincide con la expuesta por esta Sala, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria (enero 26 de 1982), en proceso contra María Mercedes Marenco Navarro, por los supuestos delitos de "abuso de autoridad y detención arbitraria", y que en la sanción pertinente dijo: "...Se desprende de

esta norma (art. 196 del C. de P. P.) que cuando se niega la aplicación del artículo 163, la apelación que contra esa decisión se interponga su trámite, si se trata de sumario, con el efecto devolutivo".

Ahora, como se deja visto, la Sala tiene ocasión de indicar otras razones que apoyan este pronunciamiento.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no acceda a la petición de su agente fiscal y en vez de devolver el expediente al Tribunal, mantenga su orden de fijación en lista y traslade al Procurador 1º Delegado en lo Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

Artículo 580, causal 1ª del Código de Procedimiento Penal

JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA

La prueba que éste (jurado) tuvo a su conocimiento para emitir el veredicto no puede controvertirse en sede de casación La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Abogado asistente: *Doctor Alberto Mora Cogollos.*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Felipe Ordóñez Rodríguez* contra la sentencia de 13 de agosto de 1981, por medio de la cual el Tribunal Superior de Montería confirmó, íntegramente, la proferida en su contra el 9 de abril del mismo año por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, condenándole a la pena principal de 15 años de presidio (hoy de prisión) "como autor y penalmente responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Arsenio Urzola Montes", a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados con el delito.

El recurso fue admitido por auto de 4 de marzo de 1982 y la correspondiente demanda encontrada ajustada a las prescripciones formales de ley mediante proveído de 21 de septiembre último.

Resultando:

I. Hechos y actuación procesal:

Aparecen resumidos en autos en los siguientes términos, que la Corte encuentra ajustados a la realidad procesal:

"...En la noche del día 3 de marzo de 1979 se encontraba en el bar El Bosque de la ciudad de Planeta Rica el joven Arsenio Urzola, así como otras personas —mujeres y hombres— y llegó al mencionado

establecimiento el señor Felipe Ordóñez Rodríguez quien también se puso a ingerir licor. En la madrugada del día 4 de marzo de 1979, el sujeto Ordóñez Rodríguez desenfundó un revólver y lo exhibió ante los presentes y se dirigió de palabras al joven Urzola, amenazándolo con el arma, ante la cual el amenazado, quien estaba sentado, inerme y con los brazos cruzados le dijo que si quería pelear con él que botara el revólver. A esto se le contestó con una ofensa a su progenitora, ofensa que el hoy interfecto contestó en los mismos términos y el victimario le disparó a Urzola, ocasionándole la muerte..." (fl. 157, cuaderno original).

El apoderado judicial de Ordóñez Rodríguez ante el Juzgado 3º Superior de la ciudad de Montería solicitó que se practicara a su defendido un examen psico-somático, que fue realizado por el Instituto de Medicina Legal de esta ciudad, son las siguientes conclusiones:

"...1º Al tiempo de cometer el hecho el procesado no sufría de una intoxicación crónica producida por el alcohol. 2º Al tiempo de cometer el hecho el sindicado sufría de las alteraciones que provoca el consumo de alcohol etílico, liberación de emociones y disminución parcial de la memoria. 3º La perturbación leve que padecía el sindicado no implica ninguna grave anomalía psíquica ni de carácter permanente ni de carácter transitorio. 4º En conclusión el presente caso no encuadra dentro de lo preceptuado en el artículo 29 del Código Penal..." (fls. 94 y ss.).

Por cuanto una vez recibido el dictamen pericial se declaró cerrada la investigación, el apoderado solicitó la declaratoria de nulidad por no haberse corrido traslado a las partes de conformidad con el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, la que le fue negada por auto de 15 de febrero de 1980 y consentida por todas las partes, ya que contra ella no se interpuso recurso alguno.

Calificado el mérito del sumario, se llamó a responder en juicio criminal al procesado por el delito de homicidio con la agravante del ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal de 1936, decisión que fue confirmada por el Tribunal de instancia.

No habiéndose solicitado la práctica de prueba alguna, se convocó a audiencia pública con intervención de jurado, la que se realizó el dos (2) de abril de 1981 y dentro de la cual se sometió a la consideración del Juez Popular el siguiente cuestionario:

"...El acusado Felipe Ordóñez Rodríguez es o no responsable de haber ocasionado la muerte al joven Arsenio Urzola Montes, a quien con el propósito de matar y abusando de sus condiciones de inferioridad personal le infirió una herida con arma de fuego (revólver) que le ocasionó su deceso? Los hechos ocurrieron en la madrugada del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979) en el bar 'El Bosque' de la ciudad de Planeta Rica..."

El jurado por mayoría afirmó la responsabilidad del procesado, pues si bien uno de sus integrantes la negó, los otros expresaron "sí es responsable. Téngase en cuenta que el sujeto estaba borracho" y "sí cometió el delito pero en estado de embriaguez" (fls. 146 y 147).

Mediante sentencia de 9 de abril siguiente el juzgado condenó al procesado a la pena principal de quince (15) años de presidio (hoy de prisión), a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago en abstracto de los perjuicios ocasionados con la infracción, fallo que, como se deja dicho, fue confirmado íntegramente por el Tribunal.

II. La demanda:

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Civil y uno al amparo de la causal 1ª *ibídem*, por estimar que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por falta de observancia de las formas propias del juicio y, además, por ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Penal de 1936.

a) *Causal cuarta, cargo primero:*

El censor lo hace consistir en que el señor Juez Tercero Superior de Montería por medio de auto de fecha 21 de septiembre de 1979, accedió a la petición elevada ante su Despacho por el señor apoderado del sindicado, doctor Oscar Padrón Fernández, visible a folio 98 del primer cuaderno, referente a que se remitiera al mencionado sindicado al Instituto de Medicina Legal de Bogotá, para que se le practicara un examen "psiquiátrico-forense".

Después de transcribir integralmente el contenido del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal el actor puntualiza: "Al no dar en traslado por el término de cinco días el dictamen pericial se incurrió en la nulidad prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal denominada *'inexistencia del acto procesal'*. Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto, que se llenen ciertas formalidades y estas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado".

"De conformidad con el precepto contenido en la norma procedimental anteriormente transcrita, la ley procesal exige que para la validez del dictamen pericial aportado al proceso se requería que el señor juez *a quo* hubiera cumplido con la exigencia prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, ordenando correr el traslado por cinco días para que las partes hubieran tenido la oportunidad de solicitar al perito que aclarara dicho dictamen habida consideración de que en la conclusión 2ª dejaba entrever que en el momento de cometer el hecho delictuoso el procesado sufría de 'alteraciones', 'liberación de emociones y disminución parcial de la memoria', estado anímico que impedía que la frialdad y tranquilidad de ánimo que impedía científicamente la germinación del dolo específico que es la especie de dolo que exige para la cabal configuración de la figura criminosa prevista en el artículo 362 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, en concordancia con el ordinal 6º del artículo 363 del mismo código".

Concluye éste cargo el casacionista apoyándolo en conceptos de Maggorie y Carrara sobre dolo específico y, advierte que si se "hubiera corrido el traslado de rigor, el apoderado del procesado hubiere tenido la oportunidad de allegar al proceso el concepto del neurólogo doctor Felipe Pretelt Burgos que era una pieza importante para modificar sustanciálmente el grado de imputación penal del procesado".

b) *Causal cuarta, cargo segundo:*

Acusa el actor la sentencia de segundo grado por violación del artículo 26 de la Carta cuando no tuvo en cuenta "desde el mismo auto de proceder las modalidades atenuantes o modificadoras demostradas dentro del proceso, reconocimiento que ha debido hacerse en el mismo momento de la elaboración del pliego de cargo formulado al procesado".

"No tuvo en cuenta el señor juez *a quo* que el procesado en el momento de disparar su revólver para dar muerte al joven Urzola padecía de un estado de embriaguez avanzada que lo condujo al automatismo en la ejecución del hecho, estado anímico que bien hubiera podido concluir con el reconocimiento de un homicidio culposo, pues teniendo en cuenta la forma como sucedieron los hechos, en el preciso momento en que el procesado esgrimía el revólver para amenazar al joven Urzola, no tenía el pleno dominio de los actos de su voluntad y bien ha podido confiar imprudentemente en evitar que el arma se le disparara y pretendió solamente atemorizar al joven Urzola, pero nunca darle muerte".

"El señor juez *a quo*, omitió reconocerle al procesado el fenómeno de la embriaguez en el auto de proceder. Dicho atenuante surgía evidentemente en el proceso que fue el mismo jurado de conciencia que en su veredicción lo reconoció a favor del procesado, pero ya era demasiado tarde para modificar la situación jurídica del imputado. Y esa calificación ha debido hacerse reconociéndole el estado de embriaguez y un delito de homicidio culposo, conforme lo preceptúan los artículos 3º del Código Penal anterior, y 6º del Código de Procedimiento Penal normas inexplicablemente olvidadas por el honorable Tribunal sentenciador".

c) *Causal primera, cargo único:*

Cita el demandante una sentencia de esta Sala de fecha 29 de enero de 1981 para impugnar la sentencia de segundo grado con fundamento en la causal primera de casación, en la cual se dijo que la nulidad puede igualmente ser colorario de la violación directa de la ley sustancial.

Sustenta el cargo diciendo que "estando debidamente demostrado el cargo de nulidad previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional dentro del ámbito de la causal cuarta de casación, por este aspecto, surge también la impugnación contra la sentencia con base en la causal primera de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que para el caso se refiere a la violación de la ley sustancial en que incurrió el sentenciador de segundo grado por aplicación *indebida* de los artículos 362 y 363 del Código Penal, puesto

que estando debidamente demostrada la nulidad constitucional alegada, resultan aplicadas indebidamente en el proceso de las normas sustanciales anteriormente mencionadas, que gobiernan el delito de homicidio agravado, pues los hechos demostrados dentro del expediente daban lugar al reconocimiento de un delito de homicidio culposo o de un homicidio en el grado de voluntariedad del acto, modalidad que gobiernan los artículos 12 y 362 del Código Penal anterior que fue el estatuto tomado en cuenta por el Tribunal por ser ley preexistente al acto imputado".

III. Concepto de la Procuraduría Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal contesta y se opone a los cargos formulados contra la sentencia, con base en las siguientes consideraciones:

a) *Causal cuarta, cargo primero:*

"...Estima este despacho, que si bien realmente, como lo demuestra el proceso, se omitió tal traslado contemplado por la ley, toda vez que recibido se cerró de inmediato la investigación, esta prueba fue suficientemente conocida por las partes, lo cual demuestra indudablemente el proceso, ya que el mismo apoderado pidió nulidad por pretermitirse tal trámite, negada por el juez y así no ocasiona esta falla de nulidad por pretermisión de las formas propias del juicio, ya que tal prueba tuvo los requisitos de publicidad y contradicción, indispensables en su producción y para su validez con efectos procesales..."

"...Tal quebrantamiento de las formas propias del juicio debe ser, conforme a la jurisprudencia que reconoce la existencia de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución, de alcance suficiente en cuanto afecte las garantías reconocidas al procesado y la amplitud de su defensa, para que pueda tener efecto de nulidad..."

"...Considera la Procuraduría Delegada que no ocurrió así en el presente caso y sólo existe una irregularidad procesal que no tiene la entidad indicada; esto porque como se dijo, la parte que se considera afectada conoció oportunamente el dictamen referido, como se desprende del hecho de haber referido concretamente a la omisión del traslado; y por otra parte, en cuanto a la dificultad en la presentación de la objeción, ésta ha podido proponerse en el curso del juicio, a partir de este momento, solicitando las pruebas pertinentes en el período probatorio; pero no obstante el reclamo inicial del señor apoderado, no se formuló, tal petición, como hubiera podido hacerse sin obstáculo alguno para ello, en el término del juicio, mediante la presentación de los alegatos y solicitud de otras pruebas para su objeción o ampliación destinadas a desvirtuar las conclusiones, sin que en esta forma, si la parte que se considera afectada, tuvo conocimiento de la prueba y amplia oportunidad de impugnarla después y no lo hizo, pueda considerarse afectada su defensa y las formas propias del juicio, como resulta obvio..."

b) *Causal cuarta, cargo segundo:*

"...Al efectuar la calificación, el juez hizo una examen amplio y suficiente sobre las pruebas existentes, para concluir que había lugar

al enjuiciamiento en la forma en que lo profirió; así mismo el Tribunal, hecho el examen pertinente de la situación, en forma cuidadosa, llegó a la misma conclusión; por manera que habiéndose procedido en tal forma, no se demuestra el quebrantamiento referido pues se concluyó en la existencia de embriaguez aguda en el procesado, lo cual no conducía a conclusión diferente, ni a deducir la existencia de ninguna otra de las formas de homicidio contempladas por la ley...".

"...Distinto sería que no se hubiera realizado tal examen para llegar a la expresada conclusión o que el auto de enjuiciamiento presentara otras fallas, lo cual no ha ocurrido, ni se alega tampoco; así, en la forma expresada, la impugnación dicha carece totalmente de base..."

c) *Causal primera, cargo único:*

"...Estima este Despacho que no puede darse el alcance indicado al fallo referido; pues sólo es preciso anotar que si existiera la nulidad invocada o alegada, bastaría su declaración, para que produjera sus efectos de invalidez de la actuación a partir del momento procesal correspondiente; sin necesidad de recurrir a tal invocación, pues las normas pertinentes señalan la forma en que debe procederse cuando se declare la existencia o demostración de impugnación fundada en una de las causales de casación previstas por la ley (art. 583 del C. de P. P.)..."

Consideraciones de la Corte:

Por técnica de casación, en la misma forma como lo hizo el Ministerio Público, procede la Sala a contestar los cargos elevados contra la sentencia recurrida, ya que de prosperar uno cualquiera de los invocados con fundamento en la causal cuarta de casación, relevaría a la Sala del estudio del último cargo hecho al amparo de la causal primera.

a) *Causal cuarta, cargo primero:*

En la siguiente reciente decisión de esta Sala se precisó los alcances de la inobservancia del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, para concluir que no en todos los casos se viola el principio de legalidad del proceso ni el derecho de defensa que haga imperiosa la declaratoria de nulidad de rango constitucional:

"...El auto de traslado de los dictámenes periciales debe producirse, pero no fatalmente. Se dicta por iniciativa del juez que conoce del proceso o del funcionario que lo instruye, o por petición de las partes. Queda, pues, a voluntad de ellas solicitarlo y del juez respectivo el deber de dictarlo de oficio, antes del fallo..."

"...Sin embargo, es forzoso admitir que ese específico traslado no constituye un rito de la prueba pericial cuya inobservancia puede afectar su legalidad, porque sería necio pretender que se viole su objetivo de ponerla en conocimiento de las partes cuando de suyo estas la conocen o están en posibilidad real de conocerla desde el

momento en que es aducida al proceso. Con mayor razón, cuando a pesar de tal inobservancia se ha debatido esa prueba, no se puede hablar de conculcamiento de una forma propia del juicio y menos del derecho de defensa..."

"...De todas maneras quedan a salvo los derechos fundamentales de quienes son sujetos intervinientes en el proceso de solicitar el traslado del dictamen para proponer que los peritos lo expliquen, lo amplíen o lo rindan con mayor claridad (arts. 276 del C. de P. P. y 486 del C. de J. P. M.), y el de objetarlo de fondo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (arts. 277 del C. de P. P. y 487 del C. de J. P. M.)..." (Sentencia de 2 de febrero de 1983).

En el caso concreto, una vez aducido al proceso el dictamen de medicina legal, se cerró la investigación y las diligencias fueron puestas a disposición de las partes por el término de ocho (8) días (fl. 98, cuaderno Nº 1), dentro del cual el apoderado del sindicado propuso incidente de nulidad por inobservancia del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal... No obstante haber sido notificado personalmente del auto de cierre de investigación, ni dentro del término de ejecutoria de esta providencia ni dentro del término del correspondiente traslado, aparte de haber propuesto la nulidad, se presentó escrito alguno objetando el dictamen pericial de medicina legal, ni se interpuso, tampoco, recurso alguno contra la providencia que negó la nulidad invocada. Con este proceder, al apoderado del sindicado consintió la actuación del juzgado y se atuvo a ella en todas sus consecuencias.

Producido el auto de calificatorio con llamamiento a juicio, el defensor del procesado, que, como apoderado de éste, había solicitado la nulidad del proceso, pidió al Tribunal Superior de Montería que "se modifique la anterior calificación y, en su lugar, se llame a juicio a Felipe Ordóñez Rodríguez, por homicidio puro y simple, vale decir, por homicidio simplemente voluntario", alegato tendiente a demostrar que el procesado no había cometido el hecho dentro de los precisos límites del artículo 353 del Código Penal de 1936. El Tribunal, al revisar el auto recurrido, no aceptó los argumentos de la defensa y, por tanto, no modificó el pliego de cargos, que mantuvo afirmando la existencia de la causal de agravación prevista en el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal.

Dentro del término probatorio tampoco solicitaron las partes ampliación o modificación del dictamen pericial y, dentro de la diligencia de audiencia pública, el defensor expuso con amplitud sus tesis para conseguir del jurado unas respuestas que, en parte, estuvieron de acuerdo con sus pretensiones, pues uno de sus miembros contestó que el procesado "no es responsable" y los otros dos admitieron el estado de embriaguez de éste al cometer el hecho.

De todo lo anterior conclúyese que hubo conocimiento oportuno del dictamen de medicina legal y que dentro del proceso fue ampliamente debatido, lo que de suyo excluye la nulidad propuesta por violación de las formas propias del juicio y del derecho de defensa.

El cargo no prospera.

b) *Causal cuarta, cargo segundo:*

Tal como lo advierte el Ministerio Público, tanto el Juzgado del conocimiento, como el Tribunal de instancia, hicieron un estudio pormenorizado de las circunstancias agravantes en la comisión del hecho y, por parte de la defensa, planteamientos serios que en definitiva le fueron aceptados parcialmente. No existió indebida calificación del mérito del sumario y, en la audiencia pública, se debatió con amplitud la existencia de la única circunstancia de agravación deducida en el auto de proceder.

El procesado, de conformidad con el dictamen de los médicos legistas, no cometió el hecho en ninguno de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal, pues la suya, que fue una simple embriaguez voluntaria, no ha sido considerada como factor de inimputabilidad en la legislación colombiana.

De otra parte, como el jurado tiene la facultad de reconocer o de negar la responsabilidad en el delito y la de afirmar o rechazar las circunstancias modificadoras de tal responsabilidad, la determinación que éste adopte al respecto escapa al poder decisorio del juez de derecho, quien, salvo el evento de que el veredicto sea claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe dictar la sentencia de acuerdo con la calificación dada por los miembros del jurado de conciencia a los hechos materia del debate.

El cargo tampoco prospera.

c) *Causal primera, cargo único:*

Como sustento de este cargo el actor parte de la premisa de hallarse debidamente demostrados los anteriores de nulidad y, con apoyo en una decisión de esta Sala, en la que se dijo que los motivos de las diferentes causales de casación son específicos de cada una de ellas, pero no privativos y todos compatibles con la causal cuarta, propone que se invalide la sentencia recurrida por aplicación indebida de los artículo 362 y 363 del Código Penal anterior, sin especificar la clase de violación en que incurrió el sentenciador.

Por lo demás, cabe recordar al recurrente que *frente a los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la prueba que éste tuvo a su conocimiento para emitir el veredicto no puede controvertirse en sede de casación, ya que ello llevaría a la Corte a arrogarse la facultad de declararlo contrario a la evidencia de los hechos, función que la ley otorga privativamente a los juzgadores de instancia, aparte de que tendría que entrar a dictar la sentencia en desacuerdo con el pronunciamiento de los jueces populares, lo que tampoco es legalmente posible.*

Siendo este cargo dependiente de los dos anteriores y no habiendo prosperado ninguno de estos, aquél debe correr igual suerte por cuanto, como bien lo anota el Ministerio Público, de haber sido exitoso uno de los iniciales, la Corte habría tenido que invalidar la actuación, determinando el estado en que quedaba el proceso y disponiendo su convalidación.

No prospera, por tanto, la demanda.

Por lo anterior, 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, *no casa* la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

No se puede aceptar que por tratarse de un delito "CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA" los particulares no pueden constituirse parte civil por carecer de interés jurídico dentro del proceso: Artículos 104 y 125 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 17, febrero 17 de 1983.

Vistos:

El apoderado del doctor *Jorge Dangond Daza,* sindicado dentro de estas diligencias por varios ilícitos penales que se le imputan en su calidad de Gobernador del Departamento del Cesar, interpuso recurso de reposición contra el auto de esta Sala mediante el cual se aceptó la demanda de constitución de parte civil en aquéllas, se dispuso tener como parte de esa naturaleza a Armando Díaz Ariza y se ordenó la formación de cuaderno separado con las pruebas que ésta solicitare para que, tal providencia se reponga y, en su lugar, se rechace la demanda.

Resultandos y considerandos:

Primero: Argumenta el recurrente:

Los hechos denunciados no encajan dentro de los artículos 272 y 273 del Código Penal: "Privación ilegal de la libertad" y "Prolongación ilícita de privación de la libertad", respectivamente, "pues esa disposición se refiere, obviamente, a funcionarios que tienen como función propia la de vigilancia y custodia de un detenido en algún sitio de reclusión. Y este no es el caso del exgobernador Dangond Daza".

"Quedan como posibles infracciones, según la demanda, las contempladas en los artículos 152 y 159 del Código Penal, que tratan respectivamente, del 'abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto' y 'empleo ilegal de la fuerza pública', las cuales, por formar parte del Título III correspondiente a los *'Delitos contra la administración pública',* permiten colegir que 'el denunciante no tiene ningún interés jurídico para constituirse en parte dentro del proceso, ya que los de-

litos que se pretende imputarle a mi mandante, no son susceptibles (sic) de acarrear perjuicios al actor, ya que se trataría de dos infracciones contra la *Administración Pública* o sea contra el *Estado*, ya que aquella es parte esencial de éste, y en esas condiciones no es posible tener al denunciante como *perjudicado*, al menos directamente.

"No se dan, pues, las condiciones exigidas por los artículo (sic) 125, 126, 127 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 104 del Código Penal".

Segundo: Considera la Sala:

Según poder otorgado por Armando Díaz Ariza, el Gobernador Dangond Daza fue denunciado "por la comisión de actos que me ha dado a conocer mi poderdante, con los cuales ha padecido injustificado agravio y son constitutivos de los presuntos delitos de 'Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto', 'Empleo ilegal de la fuerza pública', 'Privación ilegal de la libertad' y 'Prolongación ilícita de la privación de la libertad', tipificados por los artículos 152, 159, 272 y 273 del Código Penal, respectivamente, de los cuales responsabiliza al gobernador Dangond Daza".

En el auto de cabeza de proceso se dijo que de la denuncia ratificada bajo juramento "y de los documentos que a ella se acompañaron se desprende la posible comisión de ilícitos penales imputables al doctor Jorge Dangond Daza, en su carácter de Gobernador del Departamento del Cesar".

Ahora bien:

Dentro de los hechos concretos denunciados que se investigan se encuentra, por ejemplo, el consistente en que, según se afirma en la denuncia, el gobernador ordenó que Díaz Ariza fuera conducido por la autoridad a su Despacho, que de allí y sin que hubiere mediado motivo valedero y sin que se hubiera dictado hasta ese momento resolución alguna, ordenó a agentes del Departamento Administrativo de Seguridad al que el mismo Díaz Ariza fuera conducido detenido a las dependencias de esa institución y que lo mantuvieran incomunicado; que sólo después dictó resolución sancionatoria.

Ese hecho concreto, por ejemplo, ha venido siendo investigado. El, de hallarse plenamente establecido, podría corresponder a la tipificación del delito de detención arbitraria, en su modalidad de "Privación ilegal de la libertad" (C. P., art. 272).

No puede aceptarse, como lo pretende el recurrente, que esa clase de ilícitos sólo puede ser cometida por funcionarios "que tienen como función propia la de vigilancia y custodia de un detenido en algún sitio de reclusión". Porque, en cuanto a calidades en el sujeto activo del delito, lo único que exigen las disposiciones pertinentes es que se trate de un 'empleado oficial', pero sin especificar dentro de éstos, de qué clase y, para el caso del 272, el que aquél empleado oficial abuse de sus funciones para privar a alguien de su libertad. De manera que por este aspecto, la ley no presenta la limitación que pretende el recurrente ni tampoco aquélla, por vía de interpretación, se le puede dar tal alcance.

De otra parte, tampoco se puede aceptar que por tratarse, por ejemplo, de un delito "contra la administración pública" los particulares no pueden constituirse parte civil por carecer de interés jurídico dentro del proceso. En absoluto:

De acuerdo con el artículo 104 del Código Penal "Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal".

Y el inciso 1º de la norma 125 del estatuto citado, consagra lo mismo: "Las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus sucesores, podrán ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil".

De manera que requisito indispensable para poder constituirse parte civil dentro de un proceso penal es el consistente en que, quien pretenda hacerlo, debe haber sido perjudicado con el ilícito o, mejor debe acreditar, ya por medio de las pruebas pertinentes, ya porque así surja claramente de los hechos, al haber sufrido daño o el que haya racional y seria posibilidad de que así pueda haber ocurrido. Porque, precisamente en casos como estos, esa sería materia de investigación. Así lo estatuye claramente el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal al señalar las "Facultades de la parte civil"; "La persona que se haya constituido parte civil, admitida su demanda, tendrá el derecho de solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado y desarrollar las demás actividades que la ley le concede".

Entonces, si Armando Díaz Ariza fue privado de su libertad por un empleado público en la forma en que él lo señala, es decir, de manera francamente ilegal, que es uno de los hechos en investigación dentro de estas diligencias, síguese que bien puede presentarse la posibilidad de que con esa detención a su parecer injusta haya sufrido perjuicios, los cuales también son motivo de investigación.

Por este aspecto, el auto recurrido es intachable.

Como tercer elemento de estudio debe plasmarse:

No se puede afirmar, como lo sostiene el recurrente, que delitos como aquellos contra la administración pública no permiten la constitución de parte civil por carecer de interés jurídico el particular para hacerlo, por no acarrearle perjuicios "ya que se trataría de dos infracciones contra la Administración pública o sea contra el Estado, ya que aquélla es parte esencial de éste, y en esas condiciones no es posible tener al denunciante como perjudicado, *al menos directamente".*

El hecho de que el bien jurídico tutelado en el Título III del Libro Segundo del Código Penal son la administración pública, lo cual implica un perjuicio directo de ella cuando se está frente a uno de estos ilícitos, no excluye el que pueda haber personas naturales

o jurídicas que puedan sufrir perjuicios con la comisión de aquéllos. Se está así ante la presencia de delitos pluriofensivos, es decir de aquellos que lesionan dos o más derechos legalmente protegidos en titulares distintos. El de la ilícita detención, puede ser clásico: evidente que lesiona la administración pública y, también evidente que lesiona a quien ilegalmente ha sido privado de su libertad, por orden o disposición del empleado que ha abusado de sus funciones.

En el caso sometido a consideración se ha investigado entre los hechos denunciados uno que al par de poder llegar a constituir delito contra la administración pública, si se ejecutó, pudo vulnerar derechos radicados en cabeza de Armando Díaz Ariza. Entonces si él es perjudicado con el hecho punible, síguese que tiene derecho a constituirse parte civil dentro de las respectivas diligencias. Por lo cual, teniendo la debida personería y habiéndose ajustado la demanda presentada en su representación a las exigencias del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, síguese que la impugnación al auto, por medio del cual a ello se accedió, carece de fundamento en la ley.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, *no reponga* su auto de fecha de diciembre del año próximo pasado, del cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme, vuelvan al Despacho estas diligencias. Cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.



APODERADO

ABANDONO DEL RECINTO DEL JUZGADO ANTES DE CONCLUIR LA INDAGATORIA

Debe recurrirse a la designación de otro apoderado para continuar la injurada o darla por terminada en ese momento, con indicación exacta de lo sucedido

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 17.

Vistos:

En consulta, corresponde a la Corte decidir si se encuentra ajustado a las pruebas del sumario y a derecho el auto del Tribunal Superior de Cali de 28 de agosto de 1982 por medio del cual esa Corporación sobreseyó definitivamente a favor del doctor *José Mardoqueo Jiménez Romero,* sindicado de la comisión del delito de falsedad cuando ejerció el cargo de Juez Quinto de Instrucción Criminal de aquella ciudad.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha estado conforme con la decisión consultada y solicitada a la Corte, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultando:

Los varios hechos materia de la denuncia y de la correspondiente investigación, son los siguientes:

"...Primero. El Juzgado 5º de Instrucción Criminal tuvo a su cargo una investigación por delito de *homicidio* en la persona de José Amílcar Torres, por comisión del Juzgado 6º Superior, quien le dio *treinta días de término.* El comisionado tuvo el proceso *más de ciento veinte días* y se negó a devolverlo a pesar de las peticiones, hasta cuando lo requirió el Juez 6º Superior, estando yo detenido..."

"...Segundo. Dentro de esa comisión, el Juez 5º de Instrucción Criminal hizo diligencias en forma totalmente contraria a las normas

de procedimiento penal, en las que aparecen hechos contrarios a la verdad. Adjunto copia de algunas piezas del proceso para demostrarlo...":

"...a) Indagatoria de fecha 23 de abril de 1980, en la que se afirma que tuve como apoderado al señor Edison González Alzate, y que estuvo presente en la diligencia, lo que no fue cierto, por lo cual me negué a firmarla...";

"...b) Diligencia de reconocimiento de fecha 30 de abril de 1980, en la que se dice que estaba señalada por auto de esa misma fecha en que se indicaba la fecha y hora, lo que *no es cierto*, puesto que ese auto no existe. Ese hecho fue gravísimo para mí, porque mi apoderado, doctor Eulpzzon Vásquez Pinzón (calle 11 Nº 3-67, Of. 707, Tel. 831386), no pudo enterarse de la práctica de esa diligencia a pesar de haber preguntado, pues estaba pendiente de las pruebas. El señor Juez 5º no me designó apoderado para esa diligencia, sino que en el acta aparece que se me designó, pero cuando ya había sido reconocido. En la misma acta consta que el testigo dijo que no me podía reconocer. Sin embargo, se me hizo salir adelante de la fila, y por eso me negué a firmar esa diligencia..."

"...Después el Juzgado 5º de Instrucción Criminal decretó mi detención, y solamente cuando el Juzgado 6º Superior pidió el negocio fui puesto en libertad, por cuanto el verdadero autor del homicidio se presentó y confesó...";

"...c) Providencia del honorable Tribunal Superior en que se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Juzgado 6º Superior, con lo cual se demuestra mi total inocencia y la farsa del 'reconocimiento' tenido como positivo en mi contra por el doctor Jiménez Romero. El honorable Tribunal comenta esa diligencia, haciendo ver que el testigo me reconoció...' luego de que el instructor le insistiera repitiéndole las características físicas que éste dio en la declaración, porque había manifestado no estar en capacidad de reconocerlo'..."

"...Es apenas obvio que si mi abogado, el doctor Vásquez Pinzón hubiese estado en la diligencia, no hubiese permitido semejante atropello, pero a él se le ocultó la práctica para que no pudiese asistir, y luego se afirma que estaba decretada mediante *auto que antecede de la fecha*, lo que es una *falsedad*, porque ese auto no existe en el proceso..." (fls. 1 a 2, cuaderno principal).

Considerando:

Son tres los cargos que el denunciante atribuye al juez Jiménez Romero, consistente el primero en haber demorado extraordinariamente la instrucción dentro del proceso para el cual fue comisionado, el segundo en haber practicado la diligencia de su indagatoria sin que estuviese presente, como se dice en ella, el apoderado que debió concurrir al acto y el tercero en haber afirmado en el reconocimiento en rueda de personas que se procedía en cumplimiento de auto previo

que así lo había ordenado, sin que, sin embargo, esa providencia hubiese sido proferida con anterioridad ni concurrido a la práctica del reconocimiento su apoderado.

Es incuestionable, porque así aparece en la investigación sumaria, que los tres hechos en los que el denunciante apoya los cargos que formula al juez Jiménez Romero, tuvieron todos ocurrencia pues, en efecto, la primera comisión se le impartió por treinta (30) días, sin embargo de lo cual mantuvo el expediente en su Despacho desde el 22 de febrero de 1980 hasta el 2 de julio del mismo año, vale decir, durante ciento treinta (130); el apoderado del ahora denunciante abandonó el despacho judicial cuando no había concluido la diligencia de indagatoria que se estaba practicando y, por último, no aparecía proferido auto previo disponiendo la diligencia de reconocimiento en rueda de personas como se dijo en ella, ni el apoderado del ahora denunciante estuvo presente en el acto.

De ninguno de tales hechos puede, sin embargo, deducirse responsabilidad penal alguna contra el funcionario, como con acierto lo han sostenido el Tribunal y los Agentes del Ministerio Público en ambas instancias:

1. Aparece debidamente acreditado, en efecto, que si bien el juez demoró la instrucción más allá de los precisos términos de la comisión, no mantuvo inactivo el proceso, en el que realizó numerosas pruebas y diligencias, como quedó comprobado durante la diligencia de inspección judicial practicada al asunto (fls. 126 a 127), aparte del cuidado de los demás que para entonces tuvo a su despacho, aproximadamente doscientos (200) (fl. 140 vto.) y no obstante haber sufrido el funcionario serios quebrantos de salud para entonces (fls. 131 a 137).

Es atendible, en consecuencia, a este respecto, la siguiente fundada manifestación del juez Jiménez Romero dentro de estas diligencias:

"...quiero manifestar que con la inspección practicada al Juzgado por este Juzgado Segundo Superior para realizar un inventario de las diligencias practicadas apenas pienso que se podrían constatar oficios, telegramas y relación de autos interlocutorios, pero no el cúmulo de diligencias como declaraciones, careos, indagatorias, reconocimientos, inspecciones judiciales practicadas en los distintos negocios que cursaron en esa época y pienso porque estuve levantando una estadística cuando permaneció más el negocio en dicho juzgado cursaron más de doscientos negocios. Siempre me he preocupado porque el juzgado estuviera al día, nunca he faltado al juzgado a no ser por vacaciones o por incapacidad y todos los días miraba los negocios para observar los que estaban más atrasados, pero en esa época, apenas estaba recuperándome de los tremendos traumas físicos y psicológicos al haber tenido un accidente en el ojo izquierdo el día que quedó campeón el América o sea el 19 de diciembre de 1979..." (fl. 140 vto.).

Si bien irregular esa conducta del juez, no alcanza ella, no obstante, a configurar acto alguno arbitrario o injusto, ni produjo entorpecimiento de la investigación y antes por el contrario, se advierte en ella clara manifestación de un loable celo del funcionario en el cum-

plimiento de la comisión que le había sido conferida, que no quiso dejar incompleta y, pudiendo hacerlo, sin practicar las pruebas cuya realización le había sido ordenada.

2. Está plenamente demostrado, además, que *si bien el apoderado del entonces sindicado abandonó el despacho del juez antes de concluir la indagatoria, tal diligencia no fue, por ello, suscrita por ninguno de los intervinientes, lo que de suyo hacía que quedara sin valor probatorio alguno, aparte de que además, el acto fue expresamente anulado por el juez Jiménez Romero mediante auto de 23 de abril de 1980 por medio del cual la declaró "sin ningún valor ni efecto" (fl. 26).*

Conviene precisar, no obstante, que en circunstancias tales debe recurrirse más bien a la designación de otro apoderado para continuar la injurada o darla por terminada en ese momento, con indicación exacta de lo sucedido. Así se evita dar al traste con actuaciones válidas e importantes, sobre las cuales los apoderados intentan, con hábiles pretextos, crear motivos de confusión o inexistencia.

Asiste toda razón al Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando, refiriéndose a la inexistencia de delito por razón de este cargo, afirma:

"...Es doctrina dominante la que considera qué documento es una atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica. Documento público es el emitido por funcionario público con las formalidades legales. En consecuencia, para que se tipifique un delito de falsedad es indispensable la existencia con efectos jurídicos de un documento, en el cual se falte a la verdad o sea susceptible de ser alterado en su contenido..."

"...En el caso de estudio no existe falsedad documental, porque no aparece documento válido alguno que pueda ser calificado de falso. La diligencia de indagatoria no fue firmada por el juez ni el secretario y menos por el indagado, luego no existe, y además fue declarada sin valor ni efecto alguno por auto posterior..."

3. Está suficientemente establecido, finalmente, que la indicación en el encabezamiento de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas de que se procedía a virtud de auto anterior que señalaba día y hora para la práctica de la prueba no era requisito necesario para llevarla a término, como lo es, bajo sanción de nulidad, la de inspección judicial en la que no se exprese "con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora exacta de ésta" (art. 224), de modo que existiendo fundamento, como existía para realizar la diligencia, ésta debía "hacerse a la mayor brevedad posible", como lo faculta el artículo 407 *ibídem*.

Por lo demás, la falta del apoderado designado por el procesado podía suplirse, como también lo hizo legítimamente el funcionario, mediante la designación "de un apoderado de oficio para el reconocimiento" (inc. 3º del art. 407), de modo que la única irregularidad que en desarrollo de ese acto puede advertirse, es, apenas, la de haber hecho tal designación cuando iba a concluir y no al comenzar la elaboración del acta respectiva.

En suma, tampoco respecto de este hecho puede atribuirse al juez la comisión de delito alguno ni, mucho menos, el de falsedad que le atribuye el denunciante.

Como también muy acertadamente lo advierte la Procuraduría Delegada:

"...Tampoco puede predicarse falsedad en documento, por el hecho alegado por el denunciante de haberse efectuado el reconocimiento sin presencia de su apoderado, pues oído en declaración el doctor Cirano Fernández, éste manifestó que aun cuando no recordaba mayores detalles de la diligencia, su firma en el acta del reconocimiento acreditaba su presencia, y precisa con exactitud el hecho de que el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal antes de dar comienzo a la actuación le solicitó el favor de prestar sus servicios como defensor de oficio del señor Benigno Muñoz. Esta versión encuentra plena concordancia con las suministradas por el juez investigado y el secretario del juzgado con ocasión del mismo cargo. El secretario del juzgado por su parte expresó que era costumbre suya al elaborar esta clase de diligencias mencionar la presencia del defensor del sindicado al final del reconocimiento, pero que el defensor aceptó el cargo y estuvo presente en la diligencia, ausentándose algún tiempo para atender sus asuntos profesionales..."

"...En relación al comportamiento del juez en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, cuando previene al testigo sobre su anterior reconocimiento, no observa este Despacho actitud que denota mala fe o mala intención del instructor. El juez deja entrever su interés por esclarecer los hechos investigados cuando recuerda al testigo que en declaración anterior había manifestado reconocer al autor del homicidio, y reconoce que no había querido dar la filiación de la persona que iba a ser reconocida, y que tal vez había sido mal formulada la pregunta, pues había querido averiguarle al testigo por qué razón en la primera declaración dio esa filiación, y en ese momento manifestaba no recordarla..."

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal y de acuerdo con él, *Confirme* el auto consultado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

COMPLICIDAD

CODIGO DE 1936: PREVIAMENTE CONCERTADA. ESTATUTO VIGENTE: OBRAR CON COMPLICIDAD DE OTRO

La nueva ley ha hecho más amplia la figura, puesto que dentro de ella puede quedar comprendida no solamente la que la doctrina habría determinado como "previamente concertada" sin que hubiera sido prevista en la ley como modificadora o elemento constitutivo del delito, sino también la que pueda corresponder a la coparticipación instantánea o coincidencial de los delincuentes

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 18, febrero 18 de 1983.

Vistos:

Corresponde a la Corte decidir acerca del recurso de casación interpuesto por el defensor de *Nelson Mendoza* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, la condenó "a la pena principal de 37 meses de prisión y cinco mil pesos de multa para cada uno como coautores e infractores al Decreto 1188 de 1974 y a las accesorias de rigor, no concediéndoles 'la condena de ejecución condicional' ".

Debe advertirse que también recurrió en casación el procesado Guido Alfredo Miller, mas por no haberse presentado la respectiva demanda dentro del término legal, para él se declaró desierto el recurso.

Hechos:

En la providencia recurrida en casación se presentan en la siguiente forma, que es la misma que trae el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad:

"En diligencia de allanamiento practicada por la policía a la residencia marcada con el número 4-C30 de la calle 38 de esta ciudad, se incautaron elementos para la elaboración de cocaína, lo mismo que cocaína, y se detuvo a Guido Alfredo Miller Gómez, Bertha Restrepo de Miller, Nelson Mendoza y Alexander Miller Rodríguez quienes fueron puestos a disposición del Departamento Administrativo de Seguridad dejando aclarado que en el momento del allanamiento se encontraban en el inmueble el señor Mendoza, la señora de Miller y Alexander Miller. En cuanto al doctor Guido Alfredo Miller Gómez se presentó cuando ya había actuado la policía siendo retenido.

"El agente de la Procuraduría Carlos E. Martínez estuvo presente en la residencia y constató que en el segundo piso existían recipientes con sustancias húmedas y otras con líquido, pero desconoce las explicaciones que dieron sobre la procedencia de estos elementos los ocupantes del inmueble. La señora Neyda Lucía Bueno esposa de Nelson Mendoza, asegura que se dirigió a la residencia de la señora Bertha para que le confeccionara unas cortinas habiendo pactado el negocio en quince mi pesos y que su esposo posteriormente fue a enterarse del negocio siendo capturado.

"Se allegó a los autos un escrito firmado por la esposa del doctor Miller que fue interceptado en las dependencias del DAS en el cual le pide a Guido Miller que diga que prestó la casa de buena fe, que ella no sabe nada del asunto y que a Nelson lo sacaron debajo de una cama, escrito que al ponérsele de presente a la señora lo reconoció como escrito de su puño y letra".

La demanda:

En ella el censor, luego de hacer relación de los hechos y de la actuación procesal, con invocación de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, norma que transcribe en su integridad, formula dos cargos contra la sentencia impugnada.

Primer cargo:

Lo enuncia: El Tribunal "incurrió en manifiesto error de derecho al dictar la sentencia recurrida puesto que consideró que la prueba plena y completa de la infracción penal tipificada en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, estaba debidamente recaudada, sin estarlo, violando *indirectamente* la ley sustancial".

Para demostrarlo, alega:

Base fundamental de la condena de Nelson Mendoza fue el único indicio derivado de su presencia física en el inmueble, cuando las unidades de la Policía Judicial lo allanaron y lo encontraron "en el lugar del ilícito escondido debajo de una cama en una habitación del segundo piso del inmueble mencionado". Transcribe apartes del auto de proceder y de las sentencias de primera y de segunda instancia

sobre el particular, para deducir que se trata de un solo indicio: el de la oportunidad para delinquir. Transcribe tratadistas sobre este particular y aparte de una doctrina de la Corte que precisa las calidades que deben llenar los indicios. Dice que se explica la presencia de Mendoza en aquella residencia ese día, porque según éste lo manifiesta en su confesión, fue a averiguarle a Bertha de Miller por unas cortinas que le había encargado su esposa ya que, como está probado, Bertha era fabricante de ellas. Luego la indagatoria ha debido tomarse como indivisible, ha debido aceptarse con la presunción de veracidad que a su favor consagra el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, justificándose así la presencia del procesado en esa casa y, entonces "El haberle negado el verdadero valor probatorio que realmente tiene este medio de prueba aducido en su oportunidad procesal por el procesado, constituye evidente y manifiesto error de derecho que condujo al honorable Tribunal sentenciador a quebrantar en forma directa los artículos 264, 217 y 215 del Código de Procedimiento Penal, y a infringir en forma *indirecta* el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, que fue la norma sustancial aplicada *indebidamente* en el caso *sub júdice* por el sentenciador de segundo grado. Igualmente infringió el Tribunal los artículos 229, 230, 234 y 235 del Código citado, en razón de que las condiciones requeridas para la valoración de la prueba indiciaria no se cumplieron en el proceso".

Transcribe los artículos 234 y 230 del Procedimiento Penal sobre Unidad del Indicio y sobre el valor probatorio de uno solo de ellos. Afirma que el de "oportunidad para delinquir" no es necesario, por lo cual el Tribunal, contra expresa prohibición legal elevó a esa categoría el de la presencia de Mendoza en la casa, negándole el valor probatorio que a la confesión le da el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal "con lo cual incurrió el sentenciador en un manifiesto error de derecho, al atribuirle el valor de plena prueba a un solo indicio *no necesario*, por cuyo motivo, como se dijo antes, se quebrantaron los artículos 229, 230, 234, 217 y 215 del Código de Procedimiento Penal en forma directa, quebrantamiento que se reflejó en forma *indirecta* sobre la aplicación que el sentenciador le dio al artículo 38 de Decreto 1188 de 1974".

Dice que el sentenciador incurrió "en evidente y manifiesto error de derecho al cercenarles a los testimonios de Germán Bueno, María Imelda Castillo y Jaime Fernández Blanco, recepcionadas (sic) durante el término probatorio de la causa el valor probatorio que realmente (tienen) para los fines del proceso" que corroboran la indagatoria de Mendoza en cuanto confirman la justificación de su presencia en aquella casa. Presenta de ellas lo que estima pertinente a su pretensión y sostiene que como el Tribunal las ignoró y dejó de analizarlas para aceptarlas o rechazarlas, incurrió en "un evidente error de hecho que aparece manifiesto en los autos".

Concluye que el quebrantamiento directo de las normas procesales citadas "se tradujo en la violación *indirecta* del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 por haber sido aplicada *indirectamente* esta norma sustancial en la sentencia recurrida, de conformidad con el segundo motivo ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Se responde el cargo:

Dispone el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974: "El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, así sea en tránsito, saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, incurrirá en presidio de tres a doce años y en multa de cinco mil a quinientos mil pesos".

Está probado en el expediente que cuando se verificó el operativo, Nelson Mendoza se encontraba en la casa de habitación en donde se incautaron los elementos para la preparación de la cocaína, lo mismo que ésta.

Para explicar su presencia allí, manifiesta en su indagatoria que había ido a averiguar por unas cortinas que su señora le había mandado confeccionar a Bertha Restrepo de Miller, cuando fue aprehendido por la autoridad, recostado al lado de una cama en una habitación del segundo piso (fl. 44, sgt.).

Más adelante, dentro de la misma diligencia y ante una pregunta del funcionario instructor acerca de su posición en el momento de ser encontrado, contestó: "yo si estaba a un lado de la cama del mismo susto al ver los señores que iban armados me acuclillé a ver que era lo que pasaba, pero yo no estaba debajo de la cama, estaba a un lado" (fl. 45).

Pero ocurre que Juan Bautista Villafañe Ramírez, "de profesión técnico en criminalística" (fl. 36 vto.) y quien había sido enviado desde Bogotá como jefe de grupo en orden a hacer las respectivas pesquisas, dice bajo juramento que en la residencia "además de la señora, se encontró al joven Alexander Miller y en una de las alcobas escondido, debajo de una cama se encontró al señor Nelson Mendoza" (fl. 91). La misma afirmación repite Villafañe en el careo frente a la sindicada Bertha Restrepo de Miller (fl. 252 vto.). Y, en la diligencia de la misma índole ante Nelson Mendoza, reafirma que éste "se encontraba debajo de una cama, que estaba en el mismo cuarto, como escondido" (fl. 234). Mendoza sobre el particular replica que como entraron armados, le dio susto y "me refugié al lado de la cama" (fl. 254 vto.).

Conveniente es tener en cuenta desde ahora el siguiente aspecto de que da cuenta Villafañe: La vigilancia a esa residencia se empezó a prestar desde las seis de la mañana, se hizo de manera continua, no se vio que desde esa hora en adelante entrara a la casa Nelson Mendoza y, agrega: "el aspecto del señor Mendoza en el momento de entrar nosotros, era de un trasnocho total, no (sic) una persona que hubiera entrado en el término que estuvimos vigilando en las horas de la mañana" (fl. 254 vto.). Por el apoderado del sindicado Mendoza es *"Preguntado:* Sírvase decirnos de acuerdo a la respuesta que dio en la última pregunta que le hizo el señor fiscal, si de acuerdo al aspecto que usted vio del señor Mendoza, se percató de preguntarle el por qué de ese aspecto, si era que se encontraba trasnochado o amanecido o si por el contrario era el aspecto de una persona con algún síntoma de enfermedad como gripa, o irritación en las vistas.

Contestó: más bien parecía una persona que se acababa de levantar, toda vez que lo encontré en paños menores y me pidió que lo acompañara a otra alcoba en donde le acepté que se vistiera, se puso su pantalón y camisa" (sic). Ante otra pregunta formulada por el mismo apoderado, contestó: "tengo la plena seguridad de que el señor estaba (se refiere a Nelson) dentro de la casa, en ningún momento mientras hacíamos la vigilancia de la vivienda se hizo presente" (fl. 255).

De otra parte, como lo apunta el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la exposición de Mendoza no constituye confesión "ya que el procesado no admitió nada que le perjudicara, cual es el efecto de la confesión, pues ante una situación comprobada hizo determinadas manifestaciones, en su defensa, las cuales no resultaban en forma alguna indivisibles y que debían por el contrario contar con demostración suficiente para que pudiera favorecerle". Sobre el primero de estos aspectos, ya había dicho la Corte: La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia responsabilidad por haber participado en el hecho de que se le sindica.

En el caso sometido a consideración, Mendoza no ha confesado participación alguna en los hechos sino que, como lo anota el colaborador, hace manifestaciones en su defensa. Y éstas no han sido convincentes para los juzgadores de instancia.

De manera que a la indagatoria no se le ha negado el valor que consigna el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal de una parte, porque ella no constituye verdadera confesión, que es la figura beneficiada con la presunción de veracidad, por aquella norma y, de otra, porque aparece francamente contradicha por otras pruebas.

Argumenta el censor que en la sentencia se incurrió "en evidente y manifiesto error de derecho al cercenarle a los testimonios de Germán Bueno, María Imelda Castillo y Jaime Fernández Blanco, recepcionados (sic) durante el término probatorio de la causa el valor probatorio que realmente (tienen) para los fines del proceso", pero adelante agrega que "Las declaraciones anteriores, ningún comentario le merecieron al Tribunal sentenciador en la sentencia recurrida y siendo pruebas legalmente incluidas a proceso con el lleno de las formalidades legales, pero que el sentenciador dio por ignoradas factor que constituye un evidente error de hecho que aparece manifiesto en los autos, como resulta del hecho de dejar de analizar pruebas legalmente allegadas al proceso, bien sea para acogerlas o bien para desecharlas".

Brota así una tremenda contradicción en este punto en la demanda, puesto que primero afirma que el Tribunal sí conoció de estas pruebas y las cercenó y luego manifiesta que las ignoró de manera total. Por ello el Ministerio Público anota con exactitud: "Esta falla desvirtúa la actuación en cuanto implica criterios opuestos que no permitiría examinarla y que en forma clara dejan sin valor tal razonamiento".

Lo expuesto sobre este cargo es suficiente para concluir que por no presentarse violación indirecta ni aplicación indebida de las normas apuntadas por el censor, aquél no puede prosperar.

Segundo cargo:

Lo enuncia: "La sentencia recurrida en (sic) violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de la misma".

En orden a demostrarlo razona:

Para agravar la pena el Tribunal dedujo la circunstancia del numeral 7º del actual Código Penal: "Obrar con la complicidad de otro". Reprocha: Esa situación no fue demostrada; la norma que se cita es posterior a la consumación del delito imputado, luego al aplicarla se violó el artículo 26 de la Constitución en cuanto consagra la preexistencia de la ley; porque èlla excluye el concierto previo, que era indispensable en el ordinal 9º de la norma 67 del Código anterior: "El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada", "situación muy difícil de probar en el proceso para que la circunstancia de mayor peligrosidad resultara correctamente aplicada".

Esa aplicación indebida de tal circunstancia de mayor peligrosidad, se hizo "con el deliberado propósito de agravar la pena al sentenciado y hacer imposible la aplicación del beneficio consagrado en el artículo 68 del actual Código de las Penas, pues ese beneficio sólo es posible cuando la pena de prisión "no exceda de tres años". Por esa circunstancia se excedió en un mes este lapso, "factor que conlleva la falta de aplicación en la sentencia del artículo 6º del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio de favorabilidad en la aplicación en la sentencia de la ley permisiva o favorable, en lugar de la restrictiva y desfavorable".

Tampoco tuvo en cuenta el principio *"in dubio pro reo"* consagrado en el artículo 216 del estatuto procesal penal, el cual, al igual que el 6º del mismo estatuto fue inexplicablemente omitido, lo que condujo a "una equivocada valoración probatoria al quebrantar en forma directa estas dos normas procesales de ineludible aplicación en la sentencia", quebranto que llevó a la aplicación *indebida* del numeral 7º del artículo 66 del actual Código Penal, pues de no haber mediado ese error, no hubiera aplicado esa circunstancia de mayor peligrosidad y hubiera sido "procedente la aplicación del beneficio de condena condicional, previsto en el artículo 68 del actual Código Penal, norma que fue quebrantada por el sentenciador de segundo grado por *falta de aplicación* en la sentencia".

Finaliza con la petición de que se case la sentencia para que, en su lugar, se dicte una de carácter absolutorio.

Se responde el cargo:

En esencia, *la circunstancia contemplada en el ordinal 9º del Código Penal anterior, es la misma que se consagra en el 7º del nuevo, sólo que en el último se prescindió de la exigencia del previo concierto. Dicen, en su orden: "El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada" y "Obrar con complicidad de otro".*

De manera que desde el momento mismo en que esa "complicidad" se presente, siempre que no haya sido prevista como modifica-

dora o como elemento constitutivo del delito (antiguo estatuto) o que no haya sido prevista de otra manera (nuevo estatuto), habrá que considerarla como de mayor peligrosidad.

Es cierto que el requisito de "previamente concertada" ha desaparecido en la nueva legislación, pero ésto no significa que no pueda tenerse en cuenta el fenómeno central apuntado: "complicidad" en casos como el que ahora se está considerando si, de las pruebas que obran en el proceso se deduce su previo concierto. Lo que ocurre es que la nueva ley ha hecho más amplia la figura, puesto que dentro de ella puede quedar comprendida no solamente la que la doctrina había determinado como "previamente concertada" sin que hubiera sido prevista en la ley como modificadora o elemento constitutivo del delito, sino también la que pueda corresponder a la coparticipación instantánea o coincidencial de los delincuentes.

Y, en cuanto a la observación del censor de que la característica de ser la complicidad "previamente concertada" resultaba difícil de probar para que fuera correctamente aplicada como circunstancia de mayor peligrosidad, cabe replicar que ello hace referencia al aspecto probatorio y que, dadas las modalidades del delito, la pluralidad de sujetos activos y la responsabilidad penal de ellos, es obrar en complicidad de otro previamente concertada, salta a la vista y se impone el criterio del juzgador de manera necesaria.

De manera que no se pecó contra el principio de favorabilidad.

Y, en cuanto hace relación a la tacha de inaplicabilidad del principio *"in dubio pro reo"*, tampoco es aceptable porque como lo replica el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal "el fallador estimó que se trataba de situación suficientemente definida, en la cual no cabía su aplicación y sobre esta base se dictó la sentencia; razonamiento que por tanto resulta impreciso y sin consistencia suficiente, lo cual daría base para desestimarlo sin otras alegaciones.

"Lo mismo cabe decir en cuanto a la alegación de que se violó también por esta vía el artículo 68 del Código Penal actual, por aumentarse la pena y no ser posible la condena condicional, dado lo antes anotado; debiendo agregarse además, que olvida el recurrente que para la graduación de la sanción debe también tomarse en cuenta la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada, como la actividad de elaboración que se desprende del proceso, lo cual implica que los procesados fueron sancionados benignamente y en ningún caso, en concepto de este Despacho, cabía la concesión de condena condicional, dada la personalidad que revelaron a través de los hechos materia del proceso".

Habiéndose llegado a la conclusión de que ninguno de los cargos está llamado a prosperar, se dará aplicación al artículo 262 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FUGA DE PRESOS. CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPORTAMIENTO DE QUIEN SE EVADA: ARTICULO 185 DEL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

Sanción a quien sin tener la calidad de persona privada de la libertad, participa en la fuga: Artículos 186 y 187 ibídem

Concepto de persona "presa" en el delito de fuga descrito en el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar y en el artículo 205 del Código Penal de 1936

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 18.

Vistos:

Decide la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Jaime Enrique Gómez* contra la sentencia de veintidós de junio de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la proferida el diecisiete de marzo del mismo año por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra, lo condenó a la pena de veintisiete meses de prisión por los delitos de falsedad en documento público y fuga de presos, más las accesorias de rigor.

El recurso fue admitido y la demanda se declaró ajustada a las prescripciones de ley (fls. 2 y 26 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

Ante la Unidad Judicial de la calle 40 de Bogotá presentó el día 12 de enero de 1980 en las horas de la mañana el Subteniente Luis Alberto Amar Talero a los señores Hernán Jaramillo Giraldo y Edgar A. Romero Garzón, a la vez que formuló en contra de ellos denuncia penal por el delito de cohecho.

El Jefe de la Unidad, Teniente Jorge Hernando Orjuela Baracaldo, hizo asentar la denuncia en el libro respectivo y expidió orden de privación de libertad, la que comunicó al Director de la Cárcel Nacional Modelo, mediante los oficios números 0194 y 0195 de esa fecha, en los cuales expresaba que los retenidos debían quedar a disposición

del Juez Penal Municipal (Reparto) de Bogotá, dependencia a la que ordenó enviar las correspondientes diligencias (fls. 4, 5 y 6 del cuaderno principal).

En esas condiciones hizo entrega del turno hacia las ocho de la noche, y al regresar al día siguiente para hacerse cargo del nuevo turno se enteró que las citadas personas no habían sido remitidas a su destino sino puestas en libertad. Comprobó, de igual forma, que los oficios que contenían las órdenes de detención habían desaparecido sin llegar tampoco a su destinatario.

De ambos hechos fueron sindicados los agentes de Policía Jaime Enrique Gómez y Rodrigo Jerez Olivares, quienes habían quedado al frente de la guardia en la Unidad de Policía la noche en que aquellos sucedieron (fl. 17 *ibídem*).

Con fundamento en las pruebas recogidas en el curso de la investigación, conceptuó la Auditoría Auxiliar 35 de Guerra que debía convocarse Consejo Verbal para juzgar al Agente Jaime Enrique Gómez por los delitos de falsedad en documentos y fuga de presos (fls. 112 a 120 del cuaderno principal).

Así lo hizo el Comandante del Departamento de Policía Bogotá, mediante la Resolución número 025 de 16 de marzo de 1981 (fls. 121 y 122 *ibídem*). Los vocales afirmaron, por mayoría, la responsabilidad del procesado tanto respecto del delito de falsedad en documento público como del de fuga de presos, al responder a los siguientes cuestionarios:

Nº 1. "El agente de la Policía Nacional para la época de los hechos Jaime Enrique Gómez, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.124.889 de Bogotá, hijo de Roso, en servicio activo, de condiciones civiles y policiales conocidas en autos, es responsable SI o NO de haber suprimido totalmente los Oficios números 0194 y 0195 remisorios a la Cárcel Nacional Modelo de los señores Hernán Jaramillo Giraldo y Edgar Romero Garzón, documentos públicos que podían servir de prueba, hechos que tuvieron ocurrencia con ocasión del servicio el día 12 de enero de 1980 cuando prestaba cuarto turno de vigilancia, teniendo como lugar de facción la Comisaría del Norte en la ciudad de Bogotá?".

Nº 2. "El agente de la Policía Nacional para la época de los hechos Jaime Enrique Gómez . . .es responsable SI o NO de haber procurado la fuga de los particulares Hernán Jaramillo Giraldo y Edgar Romero Garzón, quienes iban a ser remitidos a la Cárcel Nacional y a órdenes del Juez Penal Municipal (Reparto), estando encargado de su vigilancia y custodia, hechos que tuvieron ocurrencia con ocasión del servicio el día 12 de enero de 1980 cuando prestaba cuarto turno de vigilancia, teniendo como lugar de facción la Comisaría del Norte en la ciudad de Bogotá?" (fls. 128 y 132 *ibídem*).

Con apoyo en esas veredicciones, las cuales acogió la Presidencia del Consejo, dictó ésta la sentencia de primera instancia que, apelada, fue confirmada sin modificaciones por el Tribunal Superior Militar, mediante la que fue objeto del recurso que ahora se decide.

La demanda:

Dos cargos le formula el impugnante a la sentencia, uno dentro del ámbito de la causal primera de casación, cuerpo primero, y el otro al amparo de la causal cuarta (art. 580 del C. de P. P., numerales 1º y 4º).

Causal Primera.

Cargo único:

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de la norma aplicada.

El censor concreta el cargo al delito de fuga de presos por el cual también fue condenado el procesado y dice al respecto que, aunque el juzgador seleccionó bien el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar en cuanto recoge uno de los aspectos del comportamiento atribuido al procesado, sin embargo lo interpretó equivocadamente al darle un alcance que no tiene.

Disiente el actor del planteamiento del sentenciador cuando afirma que también puede darse el delito de fuga si se procura o facilita la evasión del simplemente capturado, pues el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar se refiere tanto al *detenido* como al *preso*, de donde colige el Tribunal que la primera expresión indica al que se encuentre bajo los efectos de un auto de detención ejecutoriado, en tanto que la segunda alude al que se encuentra retenido o apenas capturado.

El aparte de la sentencia donde encuentra el recurrente la violación directa de la ley que alega es el siguiente:

"Ahora bien, el delito de fuga inculpa como aspecto descriptivo que la persona que se vigila esté detenida o 'preso', si lo primero, se entiende que está ejecutoriado la medida preventiva mediante auto interlocutorio y si lo segundo, significa, que en el código de esta jurisdicción especial, estar retenido o capturado en forma genérica y sin distinción, dada la calidad de la misión la cual está ínsita en el policía incriminado según la circunstancia de modo como se presentó este reato".

Recuerda el censor que tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido que para la estructuración de este ilícito penal se precisa como requisito indispensable que el individuo que se evade esté legalmente detenido, "esto es, que se encuentre vinculado al proceso mediante auto de detención debidamente ejecutoriado, o por sentencia definitiva".

Para él, "persona detenida" es aquella sobre quien recayó un auto de detención en firme, y "persona presa", locución que emplea el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar, al lado de aquella, es la que se encuentra condenada en virtud de sentencia ejecutoriada.

Pide que se case la sentencia y, en su lugar se dicte la que corresponda.

Causal Cuarta.

Cargo único:

Nulidad de carácter supralegal por ausencia de defensa adecuada.

Afirma que la sentencia se dictó en un juicio afectado de nulidad por cuanto el sindicado careció de una defensa técnica, y para fundamentar la censura trae a colación las siguientes situaciones procesales: 1ª Al agente Jaime Enrique Gómez hubo de asignársele por el juzgado apoderado de oficio para su indagatoria por no tener a quien nombrar. Lo asistió el Teniente Jaime Rolando Rodríguez León y su misión se circunscribió a esa diligencia; 2ª En la diligencia de inspección judicial practicada sobre el libro de control de detenidos perteneciente a la Unidad Judicial del Norte (calle 40), el procesado no estuvo asistido de apoderado, pues no le fue designado para ello y el Teniente Rodríguez León le había sido únicamente para la indagatoria; 3ª En el careo efectuado entre Jaime Enrique Gómez y Raúl Hernando Gómez, aquél designó como su apoderado al Teniente Adolfo Niño Iragorri y en el careo realizado entre el mismo Jaime Enrique Gómez y Rodrigo Jerez, en el cual Gómez nombró como apoderado al Capitán Diego Enrique Anzola Vásquez, el Teniente Adolfo Niño Iragorri fue nombrado apoderado de oficio del otro careado, siendo que entre ambos existían intereses encontrados; 4ª Al iniciarse la audiencia se interrogó al procesado acerca de su defensor y él manifestó que había contratado los servicios profesionales del Mayor Anzola Vásquez y para obtener su presencia se concedió un receso de una hora, al cabo del cual se reanudó el Consejo y en vista de que no compareció el mencionado oficial, se le nombró defensor de oficio al Teniente Luis Eduardo Barón Pedraza "desconociendo así, abiertamente, la voluntad del procesado que confiaba en la experiencia y en la profundidad jurídica del Mayor Anzola Vásquez, penalista eximio y criminólogo ampliamente conocido". Para demostrar la falta de fuerza de convicción en la defensa transcribió el aparte inicial de la intervención del Teniente Barón Pedraza, concebida en los siguientes términos:

"Nuevamente nos encontramos en un caso delictivo institucional que amerita que se efectúen estos Consejos de Guerra, desafortunadamente es para mí como Oficial de la Policía, caso delicado determinar la responsabilidad de un hecho cometido por un hombre policial, como este en que estamos ocupados, gravísimo como es el delito de fuga de presos y falsedad en documentos, nuevamente nos vemos ante la situación anómala por parte de la Justicia Penal Militar, que conlleva ataques directos contra ella por parte de personajes doctos en la materia, abogados y periodistas y público en general, especialmente en lo que atañe al tratamiento que se le da tanto a los detenidos como la falta de seriedad en la etapa investigativa instructiva de los casos planteados y más grave aún, cuando sin ninguna seriedad, respetando el concepto del señor Presidente, se escoje al azar a un oficial para que sirva de defensor sin conocer el expediente en forma previa, mientras que por el contrario el señor Fiscal sí se ha tomado el tiempo

suficiente". 5ª Apelado el fallo de primera instancia, fue el propio procesado el que tuvo que fundamentar el recurso, habiéndolo hecho en forma tan irrelevante "que no mereció el más ligero comentario por parte del honorable Tribunal Superior Militar".

De todo esto deduce que su defendido careció de asesoría jurídica adecuada en las instancias y que a eso se debe el que se hubieran dejado de practicar pruebas importantes como un experticio grafotécnico sobre la anotación que aparece en el libro de minuta para el control de detenidos y eso explica igualmente el que no registre el expediente un solo memorial de parte de quienes asistieron al procesado.

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria.

Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Delegado para la Policía Nacional contesta en primer término el cargo por nulidad, como lo impone la técnica del recurso. Al efecto manifiesta que ninguna de las irregularidades destacadas por el recurrente comportan vulneración del derecho de defensa como para entender violado el artículo 26 de la Constitución Nacional. En las ocasiones en que se le nombró apoderado o defensor de oficio al agente Gómez fue por cuanto él expresó que no tenía a quien designar y se hizo acogiendo lo que al respecto preceptúa el Código de Justicia Penal Militar en sus artículos 393 y 509.

Es cierto que no estuvo asistido de apoderado en la diligencia de inspección judicial, pero eso no es exigencia legal ni se afectó la validez de ese acto procesal que fue rituado con los requerimientos de ley, como su previo ordenamiento y la fijación de sus objetivos (fl. 10 cuaderno principal).

Si bien es cierto que el apoderado del agente Jaime Enrique Gómez en el careo con Raúl H. Gómez, apoderó de oficio a Rodrigo Jerez en la confrontación entre éste y aquél, no lo es menos que sus únicas actuaciones fueron esas y en ninguna otra ocasión en favor del uno o en contra del otro.

En cuanto al defensor que intervino en la audiencia pública pone de presente el Procurador que procedió así por haber sido designado oficiosamente en virtud de la ausencia del que había sido contratado por el procesado, según manifestación de éste. A él se le corrió traslado del proceso por tres horas como lo ordena la ley e hizo uso del mismo, alegó en favor de su representado y solicitó su absolución.

En razón de esas consideraciones pide que se desestime la censura.

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea:

El Procurador acepta la validez de este cargo y pide, en consecuencia que se case parcialmente la sentencia impugnada, se absuelva al procesado del delito de fuga y se dosifique la sanción que debe corresponderle por el delito de falsedad en documentos.

Su argumentación central está concebida en los siguientes términos:

"Este despacho no comparte las apreciaciones del honorable Tribunal sentenciador y encuentra atendibles las razones aducidas por el señor apoderado del recurrente, pues considera que la 'persona detenida o presa' no debe estar simplemente en situación de captura, sino que es menester para que se configure la infracción que se halle privada de la libertad en virtud de auto o sentencia, proferido con las formalidades legales y debidamente notificado.

"Se trata en realidad de una complicidad del militar o del civil al servicio de las Fuerzas Armadas que procure o facilite la fuga, y no es lógico ni justo que si no se configura delito respecto de los particulares evadidos, resulte responsable penalmente el que colaboró en la ejecución del hecho".

Esta última consideración obedece a que el propio Tribunal acepte en su sentencia que los particulares "no incurrieron en hecho punible respecto de su evasión" por tener la simple calidad de capturados.

Consideraciones de la Corte:

Se empezará el estudio del libelo por el cargo referente a la nulidad, como lo requiere la técnica del recurso.

Nulidad de carácter constitucional por ausencia de defensa adecuada.

Lo ideal sería que la técnica y delicada tarea de defender a los inculpados fuera desempeñada siempre por profesionales del derecho.

No obstante ello y quizás dadas las peculiaridades de los procedimientos propios de los juicios militares, también pueden ejercer ese encargo oficiales de las Fuerzas Armadas en servicio activo o en uso de buen retiro y pueden ser designados para ello oficiosamente cuando el procesado no haga uso del derecho que tiene de nombrar a quien haya de asistirlo (arts. 386, 389, 393, 509, 572 y 573 del C. de J. P. M. y 431 y 485 del C. de P. P., aplicables para llenar vacíos, en virtud de lo que dispone el art. 299 del C. de J. P. M.).

Eso fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso. Como el agente Jaime Enrique Gómez manifestó reiteradamente que carecía de defensor, el Juez Instructor lo proveyó en cada ocasión de uno que oficiosamente llevara su representación. Así acaeció en la diligencia de indagatoria y también en la de careo que sostuvo con Rodrigo Jerez Olivares (fls. 51 y 98 *ibídem*). En su confrontación con Raúl Hernando Gómez designó al Teniente Adolfo Niño Iragorri, quien lo asistió en ese evento (fl. 90 *ibídem*).

Para la diligencia de inspección judicial, que fue decretada previamente con fijación de su objeto y señalamiento de fecha y hora para realizarla (fls. 10 y 65 *ibídem*), no se le designó apoderado porque la ley no lo exige, y él tuvo en esa ocasión como a lo largo del proceso siempre expedito su derecho para nombrar su representante legal, si lo hubiere deseado.

El hecho de que el Teniente Niño Iragorri, quien lo había asistido en el careo con Raúl Hernando Gómez, hubiese pasado a apoderar a Rodrigo Jerez en la confrontación realizada con éste en nada conculcó su derecho de defensa, pues en esa oportunidad el apoderado de Jerez se limitó a asistir a la diligencia sin hacer uso del derecho de repreguntar, el que sí ejerció en cambio el representante del agente Gómez. Además, como lo anota la Procuraduría toda la intervención del Teniente Niño se redujo a asistir a esos dos careos y en ningún caso actuó en favor de uno de los sindicados ni en contra del otro (fls. 98 a 201 *ibídem*).

Al iniciarse el Consejo, como lo registra el acta, se le indagó al agente Gómez por la persona que ejercía su defensa, a lo cual contestó que "había contratado" los servicios profesionales del Mayor Anzola Vásquez. Como no se encontraba presente se dispuso un receso de una hora para procurar su comparecencia, al cabo del cual y por cuanto no concurrió, la Presidencia le designó defensor de oficio al Teniente Luis Eduardo Barón Pedraza.

Cabe anotar que en cuanto a la contratación de los servicios profesionales del Mayor Anzola solamente existe esa manifestación del procesado en la audiencia, pues en el expediente no hay constancia de que le hubiese concedido poder para representarlo, ni menos que hubiera tomado posesión como tal. Cuando lo asistió fue por designación oficiosa del juez para un careo (fl. 98 del cuaderno principal).

Al defensor se le dio el traslado por tres horas a que se refiere el artículo 580 del Código de Justicia Penal Militar, del que hizo uso, y escuchó la lectura del Concepto de la Auditoría, como también, obviamente, la intervención del Fiscal.

De todo ello se colige que se enteró en forma satisfactoria del contenido de la acusación y de las pruebas de cargo y de descargo, pues su actuación enfocó con propiedad los objetivos de la defensa y logró convencer con sus planteamientos a uno de los vocales, pues la veredicción adversa lo fue únicamente por mayoría respecto de los dos cuestionarios.

Planteó la duda que surgía de las contradicciones en cuanto a las entregas de los turnos y en razón de la circunstancia de haber quedado también esa noche el caso de dos personas pendientes de que se les resolviera su situación mediante libertad por no haberse formalizado en contra de ellas denuncia alguna. De allí colige el defensor que su patrocinado pudo haber confundido a estas dos personas con las que sí debían permanecer retenidas.

Analizó la confesión cualificada de su defendido, quien siempre sostuvo que puso en libertad a Jaramillo y Romero por orden del Secretario de la Unidad Judicial.

Recordó la limpia trayectoria del agente Gómez en la institución, quien llevaba allí siete años, dos de ellos laborando en Comisarías, sin registrar sanción alguna, sino, al contrario, con el reconocimiento de sus superiores por su correcto desempeño.

Criticó la inspección judicial practicada sobre el libro de control de detenidos de la Unidad Judicial del Norte, por haberse concretado a uno solo de los varios libros que se llevan en una dependencia como esa.

Recordó que él fue Jefe de Turno en la Unidad Judicial de Kennedy y por eso explicó con toda propiedad la forma como marcha una oficina de esas y las incidencias que pueden presentarse a veces en su funcionamiento.

Planteó la tesis de la atipicidad del delito de fuga atribuido a su defendido y concluyó solicitando un veredicto negativo de responsabilidad tanto por ese delito como por el de falsedad en documentos.

De tal manera que es leal y ajustado a la realidad el reconocimiento que el propio casacionista hace de los "ingentes esfuerzos" efectuados por el defensor en la audiencia, y la parte inicial que de su actuación transcribe en la demanda no pasa de ser un cuestionamiento de la forma como opera el juzgamiento a través de los Consejos Verbales de Guerra, pero sin que constituya ni el todo, ni la parte central de su intervención, como puede apreciarse del resumen que de la misma registra el acta (fls. 138 a 142 *ibídem*). Se traduce más bien en un recurso defensivo para inclinar el ánimo de los vocales hacia la suerte de su acudido en contra del cual militaban situaciones de desventaja por el mayor conocimiento del proceso por parte del Fiscal.

De tal forma que el procesado no careció de representante judicial en las actuaciones procesales para las que se requiere su presencia y la intervención del defensor en la audiencia fue adecuada, como se dejó analizado, sin que el no haber obtenido el cometido buscado permita afirmar que estuvo desasistido en sus derechos.

Como lo ha sostenido la Sala, para que pueda hablarse de una nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en el aspecto que nos ocupa, es necesario acreditar que lo defectuoso de la defensa fue de tal alcance que se tradujo en una verdadera desprotección del procesado.

El cargo no prospera.

Causal Primera:

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de la norma aplicada.

La hace consistir el recurrente en el alcance que el Tribunal Superior Militar dé a la expresión "persona presa" que trae, al lado de la locución "persona detenida", el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar tomándolas no como sinónimas sino con significación jurídica diferente para concluir que el delito de fuga, en la modalidad descrita en la citada norma, se configura tanto si la persona cuya evasión se facilita o procura está legalmente detenida, esto es, bajo los efectos de un auto de detención, como si se encuentra simplemente capturada o retenida.

Ese criterio, que fue aplicado en el presente caso, se halla expresado en las transcripciones que del mismo hace el fallo de primera instancia, como en las apreciaciones del Tribunal al respecto en su sentencia.

El juzgador de primera instancia insertó los siguientes apartes, tomados de una providencia del Tribunal Superior Militar de 17 de mayo de 1974:

"La norma transcrita (art. 187 del C. de J. P. M., se aclara) no hace mención expresa a la *legalidad de la detención* como sí lo hace el artículo 185, lo cual quiere decir que basta que el sujeto esté en simple detención y se fugue para que el representante de la autoridad que tenga a su cargo la vigilancia o custodia responda por el delito de *fuga de presos*. Y esto tiene que ser así para evitar que se abra una ventana más a la impunidad, desde la iniciación de las primeras pesquisas ejecutadas por la Policía Judicial. Así lo viene enseñando este Tribunal Superior Militar..."

"Sobre el mismo punto y en relación con los mismos hechos el señor Fiscal Primero se pronunció así: 'La modalidad delictiva a que se refiere el Código de Justicia Penal Militar en su artículo 187 no tiene similitud en el Código Penal ordinario, pues es una creación legal atribuible únicamente al personal militar o de la Policía Nacional, muy traída en razón por la índole de sus funciones. Sobre este tipo penal no existe pronunciamiento de la Corte y por tanto la jurisprudencia con la que se cuenta es únicamente la proveniente de esta Corporación'" (fl. 159 del cuaderno principal).

Por su parte, el fallo del Tribunal objeto del recurso dice lo siguiente al dilucidar, para efectos de una nulidad impetrada por el Fiscal de la Corporación, el comportamiento de los particulares que obtuvieron su liberación al amparo de la ayuda del agente Gómez:

"En cambio los particulares Jaramillo Giraldo y Romero Garzón no incurrieron en hecho punible respecto de su evasión por no estar tipificada esta conducta ya que se requiere, según el Código Penal antiguo, que estuvieran en detención preventiva como mínimo, distinguiéndose en forma vertical que no puede hablarse de *fuga de presos* cuando solamente estamos ante un capturado, por lo tanto la acción llevada a cabo por los dos particulares es atípica y no punible" (fl. 192 *ibídem*).

Y ya al precisar el compromiso penal del agente Gómez por la evasión que facilitó a Jaramillo y Romero, expresa la sentencia:

"El cargo formulado y probado de que el policial Gómez estando encargado de la vigilancia o custodia de las dos personas que figuraban como presos o retenidos procuró o facilitó su fuga, conducta que se adecúa a la descripción del artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar.

"Ahora bien, el delito de fuga incluye como aspecto descriptivo que la persona que se vigila está detenida o 'presa', si lo primero, se entiende que esté ejecutoriada la medida preventiva mediante auto interlocutorio y si lo segundo, significa, que en el Código de esta

jurisdicción especial, estar retenido o capturado en forma genérica y sin distinción, dada la calidad de la misión la cual está ín-sita (sic) en el policía incriminado según la circunstancia de modo como se presentó este reato" (fl. 195 *ibídem*).

El citado artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar, sustancialmente igual al artículo 205 del Código Penal de 1936, dice:

"El militar o el civil al servicio de las Fuerzas Armadas que, estando encargado de la vigilancia, custodia o conducción de una persona detenida o presa por cuenta de la Justicia Penal Militar o de la justicia ordinaria, procure o facilite su fuga, será sancionado con prisión de uno a tres años e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

"Si la fuga se verificare por culpa del militar o del civil al servicio de las Fuerzas Armadas, la sanción será de arresto de seis meses a dos años".

El capítulo que dedica el Código de Justicia Penal Militar al delito de fuga de presos, sustancialmente idéntico al que a ese delito consagraba el Código Penal de 1936, pretende sancionar la ofensa que se irroga a la eficacia de la administración de justicia, por el desconocimiento que supone a decisiones de la competente autoridad.

Dos son, sin embargo, los aspectos a que se refiere la legislación en comento, pues de una parte se regulan los comportamientos de quienes se evaden y, de otra, se sanciona a quienes sin tener la calidad de personas privadas de la libertad, participan en la fuga.

La evasión de quien se halla privado de la libertad aparece regulada en el artículo 185 del Código de Justicia Penal Militar, con la aclaración que sólo puede ser sujeto activo de ese comportamiento típico quien se halle "legalmente detenido". Esta expresión que aparecía en el original texto del artículo 203 del Código Penal de 1936 fue objeto de precisión por la doctrina y, finalmente, de aclaración legislativa con la promulgación del artículo 1º del Decreto 236 de 1957, que dispuso que este delito lo cometía "el que se fugue estando en detención preventiva". Mucho más minuciosa es la regulación del nuevo estatuto penal que exige que la privación de la libertad debe proceder de "auto o sentencia que se le haya notificado" (art. 178).

El texto de la disposición del Código de Justicia Penal Militar que consagra el comportamiento que se estudia sólo es aplicable a la persona que se halla legalmente detenida, entendiendo por tal a quien sufre privación de la libertad en virtud de un auto de detención del que, por supuesto, ha tenido conocimiento. No se refiere a la persona simplemente capturada, pues ésta no se halla legalmente detenida, habida cuenta de que la detención se legaliza sólo con la medida jurisdiccional a que se refiere el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

La conducta de quienes sin estar privados de la libertad favorecen la fuga está regulada en dos disposiciones del estatuto penal militar.

En la primera de ellas (art. 186) se tipifica el comportamiento del particular que procura, facilita o ayuda a la fuga, norma que ciertamente podría resultar inútil pues las disposiciones generales de la coparticipación responden adecuadamente a su regulación, sin la distorsión punitiva que surge de la consagración específica.

El artículo 187 ibídem, *sanciona al servidor público que encargado de la vigilancia, custodia o conducción de una "persona detenida o presa", procure o facilite su fuga. Adviértese que esta disposición no sólo alude a la persona detenida, esto es a quien se halla privado de la libertad en virtud de auto de detención, sino que se refiere, además, a la persona presa.*

Preso es expresión genérica que se refiere a toda persona privada de la libertad, como que es el participio pasado del verbo prender, una de cuyas acepciones conforme a la Academia es "Asegurar a una persona privándola de la libertad y, principalmente, ponerla en cárcel por delito cometido u otra causa".

De lo anterior resulta que las dos expresiones que utiliza el artículo 187 no son sinónimas o equivalentes, pues no es concebible que el legislador utilice en un mismo artículo vocablos distintos con idéntico sentido. En consecuencia, el favorecimiento de la fuga es conducta típica no sólo cuando el evadido se halla privado de la libertad en razón de un auto de detención, sino también cuando se halla preso por cualquier concepto, bien en calidad de capturado por razón de alguna de las eventualidades previstas en el ordenamiento procesal penal, o cuando la privación de la libertad ocurrió por razones diferentes, como cuando es el fruto de una sanción de carácter disciplinario o de una determinación con fundamento en el artículo 28 de la Constitución.

Obsérvese, de otra parte, que el artículo que contempla el favorecimiento cuando el sujeto es servidor público no es disposición subsidiaria del tipo básico de la fuga, ni una simple modalidad de coparticipación en ese ilícito. Es también tipo básico con sujeto activo cualificado y con descripción de conducta completamente independiente.

Además, no se trata de un simple yerro del legislador, sino de la distinta respuesta del ordenamiento a situaciones completamente diversas. En efecto, la fuga del particular que apenas se halla en estado de captura no se sanciona, porque el ejercicio de su elemental instinto de libertad no supone rebeldía contra decisión de autoridad competente; en cambio al empleado se le sanciona cuando la realiza también con relación a presos, capturados o aprehendidos, por cuanto el deber de custodia para él no nace del auto de detención, sino del ejercicio de sus funciones que para el caso se originan desde el momento de la aprehensión.

El anterior planteamiento podría llevar a pensar que el favorecimiento de la fuga del capturado constituye apenas un delito de abuso de autoridad; no obstante, una respuesta en ese sentido partiría del desconocimiento de que existe una norma expresa que regula el caso

concreto y de que el abuso de autoridad es disposición de carácter subsidiario, aplicable sólo en la medida en que el hecho no constituye delito diferente.

En estas condiciones, pues, conclúyese que no incurrió el Tribunal sentenciador én errónea interpretación de la norma incriminadora y, por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado para la Policía Nacional,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Con salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Con salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Suscribo la anterior providencia porque estoy de acuerdo con la concreta solución del caso, pero con la aclaración reiterativa de que en los procesos contra civiles y miembros de la Policía Nacional deberá ser la jurisdicción penal ordinaria y no la militar la encargada de su juzgamiento.

Alfonso Reyes Echandía, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO ACLARATIVO DE VOTO

Proceso número 27.174.

Sindicado: Jaime Enrique Gómez.

Disentimos del pensamiento mayoritario de la Sala en cuanto no casó la sentencia en relación con el delito de fuga. Los siguientes son nuestros puntos de vista respecto de ese tema:

En primer término debe decirse que el delito de fuga de presos en la hipótesis que nos ocupa, no es una modalidad típica de la actividad militar como para constituir un delito propio de esa órbita, como sí lo son, por ejemplo, los de insubordinación, desobediencia, deserción, faltas del continela y cobardía (arts. 136, 139, 153, 163 y 217 del C. de J. P. M.).

Se trata de conducta delictiva que también puede cometer el funcionario o empleado público no militares y que fue trasladada, como muchas otras, del Código Penal ordinario al especial militar, en este caso hasta con la misma sanción para su modalidad dolosa.

Idéntica cosa ocurrió con las demás hipótesis delictivas que traía el Código Penal de 1936 respecto de la fuga en su título IV, capítulo V, artículos 203 a 207, las cuales fueron igualmente incorporadas al estatuto castrense con las obvias variaciones referentes al sujeto activo, sin que se encuentre en el Código Militar una figura que no corresponda a su similar del penal ordinario.

Entonces, las precisiones que aquí sean hechas valen tanto para el uno como para el otro estatuto.

En el delito de fuga se sanciona, en el fondo, la ofensa que irroga el evadido al prestigio de la autoridad judicial representado en una decisión suya que, en guarda de la correcta marcha de la investigación, dispone que una persona permanezca privada de su libertad.

Solamente ese desacato a la justicia explica, al menos en tratándose de la fuga simple, su represión, pues de no ser así equivaldría a sancionar una expresión o manifestación del instinto de libertad, innato en el ser humano.

Ese mandamiento judicial, cuyos efectos desconoce y hace nugatorios el evadido, debe responder a algo más que a la simple necesidad de comparecencia del sindicado, o dicho de otro modo, debe traducir la necesidad de mantenerlo a disposición de la justicia por existir dentro de la investigación elementos indicativos de su responsabilidad.

Un tal pronunciamiento sólo se hace por medio de auto de detención, no simplemente mediante la expedición de una orden de captura o de encarcelamiento, medida más policiva que judicial, que en determinados casos pueden tomarla hasta los funcionarios de la Policía Judicial (arts. 289, numeral 9º y 427 del C. de P. P.), y que es de naturaleza transitoria, pues cortos son los términos con que cuenta el funcionario para convertirla en efecto o consecuencia de un auto de detención o para dejarla sin valor, ordenando la inmediata liberación del capturado (arts. 434 y 437 *ibídem*).

Entonces, cuando el legislador se refiere, en tratándose del delito de fuga a la persona "legalmente detenida" (art. original del C. P. de 1936), o a quien esté o se encuentre en "detención preventiva" (art. 1º del Decreto 236 de 1957, que sustituyó al anterior), está eludiendo al individuo respecto del cual se profirió auto de detención que, además, le hubiere sido notificado.

Así lo han entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia al comentar el alcance de las normas que reprimen este delito.

El propio legislador, consciente de que ese es el verdadero alcance de su pensamiento, se ha propuesto precisarlo cada vez más, procurando emplear una terminología que no se preste a contraria interpretación.

Para apreciarlo basta transcribir la parte pertinente del texto original del Código Penal de 1936, del de la norma que luego lo sustituyó y, finalmente, el del nuevo Código.

> Artículo 203: "El que se fugue, estando legalmente detenido".
>
> Artículo 1º del Decreto 236 de 1957: "El que se fugue, estando en detención preventiva".
>
> Artículo 178 del Nuevo Código Penal: "El que se fugue estando privado de libertad en virtud de auto o sentencia que se le haya notificado".

Se trata de precisiones, no de variación del pensamiento del legislador a este respecto, el cual ha sido el mismo, aunque no siempre ha empleado la terminología más adecuada para evitar dudas e interpretaciones.

Ahora bien, el delito de fuga, tanto en el Código Penal como en el de Justicia Castrense, contempla un tipo básico y unos tipos especiales que se traducen en manifestaciones de favorecimiento, ya por particulares, ora por funcionarios, pero el presupuesto de encontrarse el favorecido "legalmente detenido" o "en detención preventiva", entendido de la manera como se dejó expresado, tiene que estar presente tanto en la forma básica como en las especiales de este delito.

Es que el favorecimiento de la fuga, tanto por un particular como por un funcionario, distinción que solamente obedece en el Código anterior a la incrementación de la pena para el segundo caso, no es otra cosa que una participación en el delito, y no podría entenderse válidamente que una persona pudiera ser cómplice, jurídicamente hablando, en un hecho que no constituye delito para aquel a quien ayuda, por faltar uno de los presupuestos básicos de la figura delictual.

Dentro de este planteamiento habrá, entonces, de entenderse que las expresiones que emplean los artículos 205 del Código Penal de 1936 y 187 del Código de Justicia Penal Militar para referirse a la persona a cuya evasión se coadyuva ("detenido" o "preso"), significan que ella se encuentra privada de libertad, en virtud de auto de detención que le haya sido notificado en el primer caso, o de sentencia condenatoria en el segundo.

Si se le diera al vocablo "preso" la connotación de persona simplemente capturada, se atentaría contra la interpretación y concepción globales del delito.

En efecto, los artículos 204 del Código Penal de 1936 y 166 del Código de Justicia Penal Militar al describir la conducta de favorecimiento del particular se limitan a decir: "el que procure, facilite o ayude a la fuga".

A cuál fuga, cabe preguntar. La respuesta lógica tiene que ser la siguiente: A la de la persona "legalmente detenida" o "que se encuentre en detención preventiva", como se anota en el tipo básico (arts. 203 y 185, respectivamente).

Los artículos 206 del Código Penal de 1936 y 166 del Código de Justicia Penal Militar, al referirse al delito en que incurre el director de un establecimiento carcelario que otorga ilegalmente un permiso, se refieren únicamente a quien estuviere "preso". Si este vocablo no equivaliese igualmente a la expresión "persona legalmente detenida", sino que se le diese solamente el significado de *capturado*, se tendría que el otorgamiento de permiso ilegal al "detenido" o "condenado", no haría incurrir en delito a quien lo concedió, ni tampoco en el de fuga, si es que al amparo del permiso sobrevino la evasión.

En el Nuevo Código, el artículo 179, que es el que corresponde al 187 del Código de Justicia Penal Militar y al 205 del Código Penal anterior, se refiere al favorecimiento de la fuga de un "*detenido* o *condenado*", expresión la primera que tiene que entenderse como de quien se encuentre privado de libertad en virtud de auto que le hubiere sido notificado. La segunda locución, que tiene su sentido obvio, vino a reemplazar el término "preso" que traían, al lado del vocablo "detenido", las anteriores normas, de donde es fácil colegir la equivalencia entre ambas (preso = condenado).

Esta precisión final del legislador sirve igualmente para interpretar el alcance de las anteriores disposiciones, pues no se trató en el nuevo estatuto de variar el concepto que se tenía sobre este delito, sino de acudir a la simplificación de las conductas y a la claridad en su redacción.

Como en el caso que se analiza, los señores Hernán Jaramillo Giraldo y Edgar A. Romero Garzón cuya liberación propició el agente Jaime Enrique Gómez, no se encontraban privados de su libertad en virtud de auto de detención que les hubiere sido notificado, ni menos se hallaban bajo los efectos de una condena, sino de una simple orden de encarcelación que los ponía en la Cárcel Nacional Modelo a disposición del Juez Penal Municipal (reparto), no se configuró el delito que se le atribuyó al agente de Policía, por lo cual debió haber sido absuelto por él y no condenado como lo fue en razón de la

interpretación errónea que le dio a la norma el Tribunal Superior Militar al tener la expresión "persona presa" como significativa de capturado o retenido simplemente y no de "legalmente detenido" o "condenado" como debió haberlo entendido.

De no acogerse este criterio para casar parcialmente la sentencia, debió haberse acudido a declarar oficiosamente una nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, pues la conducta del agente, en el aspecto que tratamos, configuraría a lo sumo un delito de abuso de autoridad en su modalidad omisiva, al tenor de lo que dispone el artículo 167 del Código de Justicia Penal Militar, cuyo texto es el siguiente:

> "El militar o funcionario o empleado público al servicio de las Fuerzas Armadas que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado, incurrirá en multa de doscientos a mil pesos, siempre que el hecho no tenga señalada una sanción más grave".

Se entiende que ese otro hecho a que alude la norma debe ser, obviamente, delictivo, y ya se dijo que el favorecimiento de la fuga o evasión de una persona simplemente capturada o aprehendida no configura delito.

Pero, en cambio, sí constituye una obligación del agente policial el impedir que se sustraiga de la acción de la autoridad, evadiéndose, aquella persona cuya custodia le fue encomendada por el funcionario competente, que fue cabalmente lo que ocurrió en el caso que se analiza.

Y no está por demás decir que habrá casos en los que, de acuerdo con la forma como actuó el sujeto agente, el comportamiento se enmarque solamente dentro del régimen disciplinario.

La lógica que asiste al planteamiento que venimos de hacer se pone todavía más en evidencia si se observa que, en tratándose del particular que ayuda a la evasión, solamente responde en el caso de que el favorecido se encuentre legalmente detenido (arts. 204 del C. P. de 1936 y 166 del C. de J. P. M.), y, en cambio, su conducta es atípica si la otra persona estuviere simplemente capturada. Ello, porque no es obligación del que no es autoridad proveer a la custodia de individuos a disposición de la misma.

Estas las razones de nuestro respetuoso disentimiento respecto del pronunciamiento en relación con el delito de fuga. En cuanto al delito de falsedad en documento público estamos acordes con lo resuelto por la Sala.

Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha *ut supra.*

JUECES. ELECCION. SISTEMA DE SELECCION

Deber inexcusable de informar sobre las virtudes y defectos de los postulados. Ausencia de delito cuando se impugna un candidato

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 18.

Vistos:

Corresponde decidir si la denuncia formulada por el doctor *Víctor Manuel Guerra Martínez* contra el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá doctor *Gregorio Rodríguez Vásquez,* por el supuesto delito de calumnia cometido en ejercicio del cargo, amerita o nó la iniciación de sumario.

Hechos:

El denunciante asegura que con motivo de la elección de jueces para el período constitucional que avanza, el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, ante sus compañeros de Sala, en la oportunidad de escogencia de candidatos para ocupar los cargos de Jueces Penales Municipales de esta ciudad, puso en conocimiento de la Sala Penal hechos presumiblemente delictuosos imputados al Juez Quince Penal Municipal doctor Guerra Martínez, lo que, a juicio del querellante, a más de impedir su reelección en el cargo citado, constituye la comisión del delito de calumnia por parte del acusado, cometido en ejercicio de sus funciones y consecuencialmente juzgable por esta Corporación.

Actuación procesal:

Se acreditó en debida forma la calidad de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que tiene el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez y dentro de la etapa preliminar se recibió certificación jurada de los magistrados José María González Fernández y Jorge Augusto Lozano Delgado. Así mismo se recibió declaración bajo juramento del exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia doctor

Luis Sarmiento Buitrago de quien partió la información sobre la conducta del Juez Quince Penal Municipal de Bogotá.

Los dos magistrados de la Sala Penal coinciden en afirmar que, al momento de revisar la nómina de los Jueces Penales Municipales, el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, en Sala Penal, puso en conocimiento de sus colegas, hechos que a su juicio eran suficientemente válidos para prescindir de los servicios del doctor Guerra Martínez, ya que ellos le fueron comentados por el doctor Luis Sarmiento Buitrago, persona a quien le tenía plena confianza y credibilidad no sólo por su trayectoria como funcionario judicial sino por su seriedad como hombre de bien.

Fue así como el nombre del doctor Guerra Martínez fue aplazado por la Sala y, como se procedió en todos los casos, se designó una comisión para obtener las informaciones correspondientes. Entre tanto, el juez presentó denuncia penal contra el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez por los hechos anteriormente reseñados.

El informe de la comisión fue aceptado por el magistrado Rodríguez Vásquez quien anunció su voto favorable al juez y solicitando de la Sala su reelección.

Sin embargo, la Sala Penal se abstuvo de presentarlo a la Sala Plena ya que, además de encontrar apresurada la conducta del funcionario al denunciar penalmente al doctor Rodríguez Vásquez, se tuvo conocimiento de hechos bochornosos con un vecino del juez, que originó un proceso penal contra Guerra Martínez por el delito de Lesiones Personales, lo que de suyo estimó la Sala como conducta impropia de un juez de la República y motivo suficiente para no elegirlo de nuevo.

Por su parte el doctor Luis Sarmiento Buitrago acepta que comentó con el doctor Rodríguez Vásquez presuntas irregularidades del funcionario en la tramitación de un proceso que cursaba en su despacho contra el exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá doctor Rafael Rocha Riaño, información suministrada por éste, pero que de modo alguno se refirió a indelicadezas como la de solicitar o recibir dinero. Que personalmente no tiene cargo alguno contra el doctor Guerra Martínez a quien sólo conoce por referencias del doctor Rocha Riaño.

Se considera:

No se remite a duda que el proceder del magistrado Rodríguez Vásquez se ajustó en todo a derecho y que, la Sala habrá de abstenerse de iniciar proceso penal en su contra por cuanto los hechos denunciados no son constitutivos de delito.

En nuestro sistema de selección y nombramiento de jueces, es deber inexcusable de todos y cada uno de los miembros de la Corporación que elige, informar a los integrantes de ella, no solamente de las virtudes y calidades de una persona que aspira a ocupar el cargo de Juez de la República, sino de todos aquellos aspectos negativos de ella que obtiene por conocimiento directo o por información que le merezca motivos de credibilidad.

El callar en todo o en parte cualquiera de estas últimas circunstancias implica, cuando menos, comportamiento contrario a los deberes de lealtad del magistrado con la administración de justicia.

En el presente caso, el magistrado Rodríguez Vásquez no sólo tuvo la información de persona seria sino que en virtud del cumplimiento de su deber, puso a la Sala en antecedentes sobre la conducta del doctor Guerra Martínez; se procedió, en consecuencia, a designar una comisión para comprobar las imputaciones y, fue con fundamento en los resultados de ella, que el propio magistrado anunció que daría su voto para la reelección del funcionario. Si ello no ocurrió, como lo manifiestan otros magistrados, se debió a hechos nuevos que en criterio de la Sala Penal eran suficientes para relevar del cargo al mencionado juez.

No puede endilgarse la comisión del delito de calumnia en los términos de la querella, ya que, como se dijo anteriormente, era deber del magistrado informar a la Sala sobre la conducta del Juez Guerra Martínez y porque estas deliberaciones de las corporaciones judiciales son privadas, sin trascendencia pública, encaminadas a lograr acierto en la designación de personas con las debidas calidades morales e intelectuales para el desempeño del cargo.

Recuérdese que el propio doctor Rodríguez Vásquez fue quien solicitó de la Sala la reelección del doctor Guerra Martínez anunciando su voto favorable, lo que indica con meridiana claridad que el único afán del magistrado era el de acertar, con el concurso de sus colegas, en la designación de jueces de este Distrito Judicial.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Se abstiene* de iniciar investigación penal contra el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez en su calidad de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá por cuanto los hechos imputados a él no constituyen delito.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580, CAUSAL 1ª DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. DESACIERTO EN EL PLANTEAMIENTO

Para establecer la indebida aplicación de algunas normas que llevaron a una imposición de pena mayor a la debida o merecida, olvida el censor que esta situación presupone aceptar la decisión de responsabilidad en los términos indicados por el fallador

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 18 de 18 de febrero de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de 13 de octubre de 1981, impuso a *Rodrigo López Garzón* y *Leopoldo Medina Mosquera,* veintidós y veinte años de prisión, respectivamente, así como las accesorias de rigor.

Oportunamente se recurrió en casación, admitida en auto desde marzo del año próximo pasado.

López Garzón, no consiguió hacerse representar por abogado titulado y de ahí que en proveído de catorce de septiembre se declarará desierta su impugnación. En este mismo auto se reconoció como ajustada a las formalidades de ley, la demanda presentada por el apoderado de Medina Mosquera.

El ponente y el magistrado Reyes Echandía, en cuanto al punto de la incompetencia de la justicia castrense para juzgar a personas que no forman parte del ejército, aviación, marina, como militares (respecto de ellos el delito ha de cometerse "en servicio activo y en relación con tal servicio"), mantienen su criterio disidente, expresado en múltiples salvamentos de voto.

Por acatamiento a opinión mayoritaria de la Sala Penal, se interviene en la redacción y adopción de esta providencia.

Hechos y antecedentes procesales:

Se toman las precisiones que al respecto señala el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo:

"...El 22 de septiembre de 1977 Leopoldo Medina Mosquera y Rodrigo López Garzón visitaron la finca "Las Violetas" en jurisdicción del Municipio de Armenia con cuyo propietario el segundo de los mentados guardaba cierta amistad. Recibieron allí desayuno y contaron a la esposa del dueño, Elisa Ariza de Santiago, que habían sido reclutados para el Ejército y serían llevados sin oportunidad de lo primero a sus hogares. La señora les obsequió una pequeña suma de dinero y ellos a su vez dialogaron jovialmente con el menor Javier Santiago Ariza —hijo de los dueños— a quien prometieron regalarle juguetes, ganando así su confianza.

"El niño estudiaba en el Colegio 'Bautista' de Armenia, a las puertas del establecimiento fue a esperarlo en una ocasión Rodrigo López y le regaló unos dulces. En otra oportunidad, el 26 de los citados días y año, éste y su compañero Leopoldo Medina lo abordaron en el mismo sitio y desde entonces desapareció el infante.

"Dos días después, a manos del padre de Javier Santiago llegó una nota que le entregó Orlando de Jesús Valencia por comisión de Rodrigo López, en que se le comunicaba que su hijo estaba en poder del llamado M-19, y se le exigía el pago de $ 120.000 como rescate, a riesgo de dar muerte al menor.

"La señora de Santiago recurrió a las autoridades después de haberse encontrado con el mencionado Rodrigo López, quien al ser capturado e interrogado reveló que el cadáver de la víctima se hallaba en la finca 'Buenavista' de la comprensión municipal de Calarcá, en donde efectivamente apareció el 1º de octubre subsiguiente.

"La investigación fue iniciada por el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar, y en el curso de la misma oídos en indagatoria Rodrigo López y Leopoldo Medina Mosquera, y emplazado como reo ausente William Cuero Rentería o William Rentería Cuero, para cuyo juzgamiento se convocó Consejo de Guerra verbal el 16 de enero de 1981 previa anulación de la actuación que comprendía una convocatoria anterior en orden al examen siquiátrico del procesado Medina Mosquera, y para que se corrigieran fallas de procedimiento. Subsanadas las irregularidades y como el dictamen médico fuera de satisfactoria salud mental del implicado, se procedió a la audiencia en la que con relación a éste se formuló el cuestionario número 02, cuyo texto reza:

"El acusado ...Leopoldo Medina Mosquera... es responsable, si o no, de haber tomado parte junto con otras personas, en la ejecución del hecho consistente en secuestrar al menor..., con el propósito de conseguir para sí y para otros, un provecho o utilidad ilícitos, exigiendo del padre de la víctima bajo amenazas de muerte del niño, la entrega de la suma de ciento veinte mil pesos moneda corriente ($ 120.000), a cambio de su libertad, dinero que gracias a la oportuna intervención de las autoridades, no hubo necesidad de entregar..." (fl. 690, cdno. núm. 2).

"El cuestionario 04 también se refirió al procesado Medina pero en relación con el *delito de homicidio agravado en el menor*", y por haber tomado parte con otras personas en la ejecución del hecho.

"Al proceso en que estaban comprometidos Medina Mosquera y López Garzón se acumuló otro en que aparecía encartado este mis-

mo sujeto por el delito de extorsión, de suerte que su juzgamiento abarcó los dos asuntos.

"La sentencia de primera instancia se profirió el 23 de febrero de 1981 y en ella luego de extenso análisis de la prueba y comparación de textos legales se dosificó la pena imponiendo a Medina Mosquera 20 años de prisión 'como coautor de los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado', lo que motivó la impugnación del fallo mediante apelación. Al desatar el recurso el Tribunal Superior Militar confirmó la condena de Medina Mosquera y la pena que le fuera impuesta, pero aclarando que la atribución de los dos ilícitos se le hacía a título de autor..."

La demanda

Señala dos cargos contra la sentencia recurrida:

1º Señálase el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, para invocar una "violación de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 26, 27, 28, 268, 324 del Código Penal, así como la Ley 21 de 1973 y todo el Capítulo II, del Título 4º, del Libro Primero del Código Penal anterior, vigente al momento de la consumación de *Los hechos*, que tratan respectivamente de la dosimetría, o dosificación de las penas y de las que se deben imponer en los delitos de secuestro extorsivo y homicidio, aplicando el principio de la favorabilidad, prescrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual debemos considerar también violado, por falta de aplicación, en el caso *sub lite*. El mismo Código Penal Militar, desarrolla en su artículo 6º, el principio constitucional de la favorabilidad de la ley, en materia penal, que también fue violado por los sentenciadores, en ambas instancias".

Y agrega el libelista que "También invocamos esta causal de casación primera (art. 580 C. de P. P.), pues en ambas sentencias se incurrió en error de hecho y de derecho al haber tenido como prueba fundamental para condenar..., el testimonio... de Rodrigo López Garzón, quien en su indagatoria dijo que el responsable de todo era Medina Mosquera y en cuanto a este cargo a terceros no se le juramentó, violándose el artículo 385, inciso segundo, Código de Procedimiento Penal".

Al desarrollar la censura, se insiste en destacar la inocencia de Medina Mosquera "condenado injustamente en ambas instancias, con base en declaraciones de unos menores... y ...en la... indagatoria interesada y mendaz de Rodrigo López".

Esta crítica probatoria se lleva, para estructurar un error de hecho, a la negativa de existir antecedentes penales o policivos para Medina Mosquera, circunstancia de atenuación omitida en el fallo recurrido. Además, encuentra el censor que la sentencia carece de motivación, pues esta exigencia impone explicar los fundamentos fácticos, jurídicos y doctrinarios, que el fallador haya tenido en cuenta para edificar su fallo, de todo lo cual adolece (sic) la sentencia... como podrá constatarse a folios 850 y siguientes del cuaderno dos.

2º El fallo no está en consonancia con los cargos formulados en el Consejo Verbal de Guerra, ni con el veredicto (art. 580, cuerpo 2º del C. de P. P.).

Para el memorialista se impuso una condena "por homicidio agravado y secuestro *extorsivo*, calificación *esta última que agrava la situación*... y que no estuvo prevista en los formularios sometidos a consideración del Consejo Verbal de Guerra".

El elemento extorsivo, continúa el censor no fue propuesto a los vocales, pues "los cuestionarios hablan solamente de secuestro y las sentencias de *secuestro extorsivo*, figura esta que sólo vino a ser traída al expediente, en las sentencias, con denominación propia, agregando el elemento 'extorsión'... los sindicados no tuvieron oportunidad de defenderse de cargos no formulados en el auto de proceder (veredicto del Consejo Verbal de Guerra) y, así fueron colocados en una situación muy forzada, fuera de que se produjo un acto sorpresivo, un dislate jurídico, ya insubsanable, sólo en casación".

Como remate a estas apreciaciones se anota: "Por qué entonces, si se iba a condenar por homicidio, secuestro y extorsión, (pues el secuestro extorsivo es como un compendio de los dos últimos), por qué no se elaboraron los citados cuestionarios de tal forma que quedaran plenamente establecidos estos tres tipos delictivos y no esperarse para agregarle el último en la sentencia? Es natural que del citado elemento 'extorsión' que tipifica y sanciona el ya citado artículo 406, Código Penal, no tuvieron oportunidad de defenderse los sindicados, concretamente nuestro defendido, Leopoldo Medina Mosquera, de donde resulta válido el cargo, que atentamente nos permitimos plantear ante la honorable Corte Suprema, a fin de que se invaliden las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia, pues en ambas se perpetraron los errores y dislates enunciados y profiera la honorable Corte la providencia, que en su sabiduría estimó más acorde con la justicia, y con la legalidad, pues la unidad jurídica, la relación jurídica que necesariamente debe existir entre los cargos formulados en los cuestionarios sometidos a los señores jurados del Consejo Verbal de Guerra, el veredicto de éste y la sentencia, se quebrantó, con detrimento de la estructura básica del proceso y en perjuicio de los sindicados, concretamente de nuestro defendido, Leopoldo Medina Mosquera".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

El recurrente equivoca el planteamiento de la primera de sus objeciones. El desacierto llega a tanto que impide a la Sala precisar en definitiva cuál es el objetivo de su observación y la solución buscada. Cuando acude a la violación directa de la ley, o sea, el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, para establecer la indebida aplicación de algunas normas que llevaron a una imposición de pena mayor a la debida y merecida, olvida que esta situación presupone aceptar la decisión de responsabilidad en los términos indicados por el fallador. De ahí que constituya contrasentido manifiesto mencionar la violación indirecta, mediante errores de hecho y de derecho, los cuales también corres-

ponden a planteamientos independientes que no pueden tratarse en forma unitaria y comunicante. Esta segunda causal ya cuestiona los aportes probatorios y conduce a conclusiones bien diferentes, bastando señalar que la violación directa, tal como está diseñada en la demanda, llevaría a un fallo condenatorio pero mediante la aplicación de una pena privativa de la libertad de menor duración; y la violación directa, en el planteamiento que se analiza, establecería factores para impartir una absolución. No se sabe, pues, a ciencia cierta cuál es la definitiva proposición del recurrente, ubicación necesaria para estimar el mérito y bondad de sus alegaciones. La Sala, como lo ha repetido en reiteradas ocasiones, no puede entrar a hacer determinaciones de criterio que el recurrente no ha querido o no ha podido presentar y menos puede sustituir su intención para escoger el camino más indicado al examen de la sentencia impugnada.

En este mismo sentido se expresa el colaborador fiscal,

El cargo no prospera.

En cuanto a la segunda de las observaciones debe decirse, coincidiendo con la opinión de la Delegada, que "El cuestionario que se formuló en el Consejo Verbal de Guerra y que obra a folio 690 del cuaderno número 2 del proceso describe detalladamente la figura delictiva que el actual Código Penal denomina 'secuestro extorsivo' y que la Ley 21 de 1973 en su artículo 4º vigente por la época de los hechos describía y sancionaba, y por la cual se condenó a Medina Mosquera. El delito de extorsión tenía como bien lo advierte el censor, una ubicación diferente en el Código Penal de 1936, y en el actual tiene su sitio en el artículo 355, de donde resulta irreal el planteamiento.

"La simple adición nominal sobre la cual apoya el recurrente en su acusación, sin modificación alguna en los elementos estructurales del delito por el cual se preguntó en el Consejo Verbal de Guerra sobre la responsabilidad de Medina Mosquera y se profirió la sentencia, carece de entidad para los fines de la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Para convenir con este obligado rechazo basta conocer el contenido de los dos cuestionarios que se refieren a Medina Mosquera:

Cuestionario Nº 02:

"El acusado presente, particular Leopoldo Medina Mosquera, de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, *es responsable, sí o no,* de haber tomado parte junto con otras personas en la ejecución del hecho consistente en secuestrar al menor Javier Santiago Ariza, de once (11) años y diez (10) meses de edad, con el propósito de conseguir para sí y para otros, un provecho o utilidad ilícitos, exigiendo del padre de la víctima bajo amenaza de muerte del niño, la entrega de la suma de ciento veinte mil pesos moneda corriente ($ 120.000.oo), a cambio de su libertad, dinero que gracias a la oportuna intervención de las autoridades, no hubo necesidad de entregar y que trajo como resultado posteriormente la captura de los antisociales Rodrigo López Garzón y Leopoldo Medina Mosquera, según hechos que tuvieron ocurrencia entre los días veintisiete (27) y vein-

tiocho (28) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), en el perímetro urbano de la ciudad de Armenia (Quindío), para ser trasladado a la vereda de San Rafael, finca Buenavista, jurisdicción del Municipio de Calarcá (Quindío), en donde fue encontrado el cadáver del citado menor, entre los días veintisiete (27) y veintiocho (28) del mismo mes y año? Sí es responsable por unanimidad".

Cuestionario Nº 04:

"El acusado, particular Leopoldo Medina Mosquera de condiciones civiles y personales conocidas en autos, *es responsable, sí o no,* de haber tomado parte con otras personas en la ejecución del hecho de causar la muerte por ahogamiento, con intención de matar, al menor Javier Santiago Ariza, hecho que se consumó después de haber cometido el delito de *secuestro* para ocultarlo, cuando la víctima se encontraba en condiciones de inferioridad e indefensión, mediante alevosía, con premeditación y acompañados de motivos innobles o bajos, según hechos sucedidos en la vereda de San Rafael finca de Buenavista, en la jurisdicción del Municipio de Calarcá (Quindío), aproximadamente entre los días veintisiete (27) y veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y siete? Sí es responsable por unanimidad".

A no dudarlo el primero de ellos contiene todas las circunstancias propias del secuestro tipificado en la Ley 21 de 1973, artículo 4º (en armonía con el art. 5º de la citada disposición), norma que sustituyó al artículo 293 del derogado Código Penal de 1936. Esta infracción recibe en la doctrina la denominación de secuestro extorsivo o de rescate. El artículo 268 del estatuto de los delitos y las penas vigente, ya le da esta denominación legal, y, en su artículo 270 establece los factores de agravación punitiva. Bien puede decirse que, la conducta realizada por el sentenciado, tenía en uno y otro ordenamiento una básica y similar composición y respondía también a una misma denominación. Su variante principal se relaciona con la pena, más intensa en el Código de 1980.

Para nada cuenta, y menos en el sentido que quiere darle el censor, que el sentenciador haya agregado al título de secuestro el de su especial modalidad de ser extorsivo, para distinguirlo del simple o de persona. Esta adición no refluye en variación de la norma que debía consultarse y se consultó, y lejos de confundir la acusación y la defensa, arrojaba claridad y precisión sobre las mismas. El cuestionario no puede entenderse como equivocado y engañoso. Responde a la realidad de los hechos y señala elementos propios para soportar una calificación jurídica, como la que se hizo en el correspondiente fallo.

Además, si se lee el Acta de folio 769 así como el resumen fiscal de folio 815, se tendrá que concluir, *prima facie,* que el secuestro por el cual fue juzgado en Consejo Verbal de Guerra Medina Mosquera, no es otro que el extorsivo. No se dio, entonces, ni sorpresa, ni error, ni abuso de interpretación. Lo que se propuso a los vocales y se discutió en el Consejo Verbal de Guerra fue lo mismo que recogió la sentencia.

Ahora bien, el fallo de primera instancia confirmado *in integrum* por el Tribunal Superior Militar en cuanto a Medina Mosquera, recordó la nulidad del primer Consejo Verbal de Guerra debido a que allí se mencionaron, separada y autónomamente, los delitos de secuestro y extorsión cuando sólo correspondía aludir, conforme a decisión mencionada de la Corte, al delito complejo de secuestro extorsivo. También se indicó, en forma expresa, la naturaleza y efectos de las dos legislaciones (Códigos Penales de 1936 y 1980) para deducir la favorabilidad de la primera y atender a su ultractividad (art. 26 de la Constitución Nacional y normas concordantes de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal).

En cuanto al *homicidio-asesinato* o agravado o calificado, ninguna observación cabe y de ahí que el memorialista silencie toda crítica al respecto.

Lo dicho lleva a desechar este segundo cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley resuelve:

No casar el fallo ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Aclaración de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Como en el fallo anterior se acepta que además del principio de favorabilidad existe, igualmente, el opuesto de la "ultractividad" de las normas penales y se citan al efecto, como fundamento de ambos, el artículo 26 de la Constitución Nacional y las normas concordantes de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, debo reiterar las siguientes razones que me han apartado de otras decisiones de mayoría en las que se ha incurrido en esa, a mi juicio, ostensible equivocación:

1. El principio que regula la aplicación de la pena en el tiempo es el de la *preexistencia* de aquella bajo cuya vigencia se cometió *el hecho* materia del juzgamiento y de la pena *(tempus regit actum)*, conforme lo disponen perentoriamente los artículos 26 y 28 de la Constitución Política y lo reitera la ley:

La Constitución:

"...Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes *al acto que se imputa*, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..."

"....."

"...Artículo 28. Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex pos facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho* y determinándose la pena correspondiente..."

La ley:

"...Artículo 1º Legalidad del proceso. Nadie podrá ser juzgado *sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute*, ante juez competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso...

(Decreto 409 de 1971).

"....."

"...Artículo 1º Legalidad. Nadie podrá ser condenado *por un hecho que no esté expresamente previsto* como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella..."

(Decreto-ley 160 de 1980).

2. Este principio único y excluyente no admite más excepción que la de la retroactividad de la ley penal más favorable, consagrada también constitucionalmente e igualmente reiterada en la ley:

La Constitución:

"...Artículo 26. ....."

"...En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..."

La ley:

"...Artículo 6º Principio de favorabilidad. En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..."

(Decreto 409 de 1971).

"....."

"...Artículo 6º Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados..."

(Decreto-ley 100 de 1980).

3. No existe en materia criminal, en consecuencia, la llamada ultractividad de la ley, que se hace consistir, equivocadamente, en el supuesto de que la aplicación de la ley se determina por la preexistente al fallar el proceso y no, como lo manda la Constitución, por la vigente al momento de cometerse *el hecho*, premisa equivocada como resultado de la cual se concluye que habiendo dejado de regir la ley al dictarse *la sentencia*, sus efectos se extienden hasta ella, con olvido de que no importa cuándo se juzguen los hechos ni cuál o cuáles sean las normas entonces aplicables, la única que puede serlo es aquella que existía al momento de cometerse la infracción, con la excepción ya vista, constitucionalmente consagrada, que consiste en aplicar a los hechos una ley posterior más favorable, que, por tanto, no regía con anterioridad a ellos.

Para que pudiera hablarse de ultractividad de la ley penal sería necesario aceptar que una ley derogada o sustituida por otra pudiera aplicarse a hechos cometidos con posterioridad al término de su vigencia, lo que resulta francamente inadmisible.

En tales términos, aclaro mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

22 de marzo de 1983.

1º LIBERTAD CONDICIONAL

No basta, para llegar a decisión favorable a tal medida que el sujeto haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años o de prisión superior a dos, ni que hubiese cumplido las dos terceras partes de la impuesta —exigencias estas de naturaleza objetivo-formal—, sino que es necesario adentrarse en el examen de su personalidad, es decir, de su modo de ser y de actuar en sociedad, en la indagación de su comportamiento durante el período de ejecución de la pena y en el análisis de sus antecedentes individuales, familiares, laborales y sociales en general para realizar con tales elementos de juicio un pronóstico de readaptación social, no por precario y relativo, menos determinante e ineludible

2º LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

ALCANCES DEL INCISO 3º DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 32 DE 1971: REINCIDENCIA, PELIGROSIDAD Y FUGA

Desaparición de la peligrosidad en el nuevo estatuto penal, como fundamento de responsabilidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 19.

Vistos:

El procesado *Enrique Bernal Jiménez* interpuso recurso de reposición contra el auto del 18 de enero pasado en el que esta Sala le negó libertad provisional.

Resultandos:

En las distintas oportunidades en que Bernal Jiménez ha solicitado excarcelación, fundó su petición en el artículo 72 del Código Penal en concordancia con el artículo 453 numeral 6º del Código de Proce-

dimiento Penal y en todas ellas le fue negada; ahora lo hace sobre el supuesto de que ha descontado la totalidad de la pena impuesta, si se le tiene en cuenta el tiempo de trabajo penitenciario.

Considerandos:

1. *Entre los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal para otorgar libertad condicional está el de que la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, "permitan suponer fundadamente su readaptación social". No bastan, pues, para llegar a decisión favorable a tal medida que el sujeto haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años o de prisión superior a dos, ni que hubiese cumplido las dos terceras partes de la impuesta —exigencias estas de naturaleza objetivo-formal— sino que es necesario adentrarse en el examen de su personalidad, es decir, de su modo de ser y de actuar en sociedad, en la indagación de su comportamiento durante el período de ejecución de la pena, y en el análisis de sus antecedentes individuales, familiares, laborales y sociales en general, para realizar con tales elementos de juicio un pronóstico valorativo de readaptación social, no por precario y relativo, menos determinante e ineludible.*

Si en el decurso del proceso se ha tildado de peligroso al imputado y tal epíteto —en vigencia del Código Penal anterior— se reitera en la sentencia de condena habida consideración de la gravedad del hecho punible cometido, de sus reprochables motivaciones, de las particulares circunstancias personales que lo agravaron, de los turbios antecedentes del actor, es lógico suponer que tales factores pesen negativamente en la decisión del juzgador cuando ha de pronunciarse sobre otorgamiento de libertad condicional, en cuanto influyen sobre el fenómeno de lo que el código denomina "readaptación social" del condenado.

De esta naturaleza fueron las consideraciones que llevaron a esta Sala en el presente caso a negar reiteradamente la solicitud de libertad provisional del procesado.

2. La situación ahora es distinta; ya no se reclama libertad con fundamento en el artículo 72 del Código Penal, sino por pena cumplida, teniendo en cuenta para ello el tiempo de trabajo realizado por Bernal Jiménez en el establecimiento penitenciario. Ahora bien, puesto que al procesado se le consideró en la sentencia de condena como sujeto peligroso, lo que debe resolver la Sala es si tal calificación le impide gozar del beneficio legal de la rebaja de pena por trabajo o estudio a la luz del nuevo Código Penal.

3. *Dispone el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 32 de 1971 que no será aplicable la reducción de pena por trabajo o estudio "a los reincidentes, ni a los delincuentes considerados durante el proceso como de alta peligrosidad cuando esa circunstancia se haya hecho constar en la sentencia, ni a quienes se hayan fugado o hubieran intentado fugarse, tanto en el desarrollo del proceso, como en el cumplimiento de la pena".*

Conforme a este mandato normativo, tres situaciones impiden reconocer el beneficio de aquella ley al condenado que trabaje o estudie mientras descuenta su pena: La reincidencia, la peligrosidad y la fuga.

En cuanto a la última de ellas, parecen claras su pertinencia y aplicabilidad en cuanto configurando de suyo comportamiento delictivo (art. 203 del C. P. de 1936, y art. 178 del C. P. de 1980), no quiso el legislador extender sus favorables efectos a quienes con su fuga incurrían en nueva ilicitud y escapaban —o intentaban hacerlo— del ámbito penitenciario dentro del cual trabajo y estudio constituyen muestras de readaptación social.

En punto a reincidencia, fácil es concluir que desaparecidos sus gravosos efectos punitivos en la nueva codificación penal, resulta impertinente mantenerlos para negar al condenado que trabaja o estudia el beneficio de la reducción cronológica de su condena en los términos de la Ley 32 de 1971 y de su Decreto reglamentario (2119 de 1977); en efecto, tanto el Código Penal de 1936 como la Ley 32 de 1971 estuvieron inspirados en el criterio según el cual la reiteración delictiva del reincidente demostraba la insuficiencia de las ordinarias reacciones punitivas del Estado y, por lo mismo, la necesidad de tratarlo con rigor adicional, ya fuese por la vía de los incrementos sancionadores (art. 34, C. P. de 1936) ora por el camino de la supresión de beneficios penitenciarios (art. 1º, Ley 32 de 1971); pero como tal supuesto ideológico fue abandonado con razón por el legislador penal de 1980 al suprimir la reincidencia como factor de acrecimiento punitivo, necesariamente han de extenderse sus efectos hasta la ley de reducción de pena por trabajo o estudio para entender como eliminada la prohibición de aplicarla a los reincidentes.

Por lo que respecta a la peligrosidad —expresión cualificadora de la personalidad y, por lo mismo, a esta referible— ella desapareció en el nuevo estatuto penal como fundamento de responsabilidad (ese fue el sentido de la supresión del llamado delito imposible), aunque conserva cierta validez relativa a factores que apuntan a genéricas circunstancias personales de eventual agravación sancionadora o a cualificaciones de la personalidad del condenado para efectos del reconocimiento o no de medidas tales como la condena de ejecución condicional o la libertad condicional.

La prohibición legal de reconocer reducción de pena por trabajo o estudio a sujetos de alta peligrosidad cuando tal circunstancia se haya hecho constar en la sentencia (art. 1º, inciso 3º, Ley 32 de 1971) choca contra el principio consagrado en el artículo 12 del nuevo Código Penal conforme el cual la pena tiene, entre otras, función resocializadora, puesto que le niega a delincuentes así calificados el derecho de resocializarse por el camino viable del trabajo o del estudio y, lo que es peor, impide el reconocimiento de una resocialización que puede ser real a quienes efectivamente superaron con su trabajo o estudio en el ámbito de la prisión, factores adversos que influyeron en su delito y estarían en condiciones de reintegrarse positivamente al núcleo social de donde fueron separados por ministerio de la ley penal.

De otra parte, si la peligrosidad —como ya se indicó— no es fundamento de responsabilidad penal en el actual estatuto sancionador, pero ni siquiera en sí misma considerada, circunstancia agravadora de pena, resultaría desacertado en vigencia del Código Penal que ahora rige, mencionarla expresamente en la sentencia de condena como factor decisorio de punibilidad.

Síguese, pues, que no es ya procedente negar el beneficio de rebaja de pena por trabajo o estudio ante el solo hecho de que el interesado fue tenido en la sentencia de condena como sujeto de alta peligrosidad, si de otro lado se han satisfecho las exigencias que para reconocer aquella reducción señalan la Ley 32 y su Decreto reglamentario.

4. Ahora bien, como en el presente caso Bernal Jiménez fue condenado a 35 meses de prisión, ha descontado efectivamente 29 meses y 29 días de reclusión y le son reconocibles por trabajo penitenciario 7 meses y 26 días, conclúyese que ha cumplido hasta hoy 37 meses y 24 días, tiempo superior al señalado en la sentencia de condena.

En tal virtud, habrá de concedérsele el beneficio de su libertad por pena cumplida; prospera, así, el recurso impetrado.

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

Revocar el auto de 18 de enero del presente año y, en su lugar, disponer la libertad provisional de Enrique Bernal Jiménez. Expídase la correspondiente boleta de libertad con la anotación de que ella se hará efectiva en cuanto el procesado no esté detenido por cuenta de otra autoridad.

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ALVARO LUNA GOMEZ

Con el mayor respeto me aparto del criterio mayoritario de la Sala porque ésta, dentro de las múltiples solicitudes de libertad que ha contestado al mismo peticionario —aquella contra la cual se interpuso el recurso de reposición que se viene desatando es la quinta— ha dicho de manera diáfana porqué no puede otorgarse la libertad con fundamento en el artículo 72 del Código Penal.

Y, lo propio ha ocurrido para negar la redención de la pena por trabajo y estudio de que trata la Ley 32 de 1971. Lo anterior sería suficiente para contestarle al memorialista con: "Estese a lo resuelto en auto de tal fecha". Con todo, como se trata de desatar un recurso de reposición, se agrega para mayor claridad, si es que en algún momento no la hubo, lo siguiente con relación al planteamiento al cual se ha hecho mérito:

Es cierto que el artículo 9º del Decreto 2119, reglamentario de la Ley 32, señala los requisitos para obtener la gracia de que él trata en su primera norma y en la ley que reglamenta y que también, su artículo 11, dispone que "los procesados que al tiempo de la condena comprueben trabajo o estudio, de acuerdo con la Ley 32 de 1971 y este Decreto, tienen derecho a las rebajas de pena previstas en tales estatutos".

Pero ocurre que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 1º del mismo decreto "no será aplicable esta medida a los reincidentes, ni a los delincuentes considerados como de alta peligrosidad cuando esta circunstancia se haya hecho constar en la sentencia respectiva".

Y, con relación a la peligrosidad, idéntica limitación consagra el inciso final del artículo 1º de la Ley 32.

De manera que para tener derecho a esta gracia no basta con que se den los requisitos precisados por las normas citadas por el peticionario, sino que, además, se requiere que no medie la limitación establecida por las normas que vienen de mencionarse. Y, esto es lo que ocurre en el caso sometido ahora a consideración por las razones que en extenso se han dado dentro de estas mismas diligencias, al rechazar el tener en cuenta la redención de pena por trabajo y estudio, motivo por el cual no se requiere ahora, aun cuando sí se dan por reproducidas.

Finalmente, la Sala no ha afirmado categóricamente que el peticionario tenía o tiene derecho a un descuento de determinado número de días por trabajo. Sino que expresó: "Tendría derecho", es decir, que

tal reducción de pena por trabajo o estudio podría concederse si se dieran todas las demás circunstancias exigidas por la ley para ello y si no se encontrara limitada en forma alguna. Pero ya se observó cómo los incisos finales de los artículos 1º de la Ley 32 y 1º del Decreto reglamentario, se oponen a ello.

Las razones anteriores son las que me mueven a discrepar con la mayor consideración del criterio de mis compañeros.

Fecha *ut supra.*

Alvaro Luna Gómez.

CAMBIO DE RADICACION

Cuando se acude a este remedio procesal no es que se esté haciendo una descalificación de los funcionarios ni del medio judicial a quienes se sustrae el conocimiento de un determinado asunto, sin que se atienda a circunstancias generalmente ajenas a ellos mismos, que pueden llegar a comprometer los superiores intereses de la justicia y los de los propios procesados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 28.

Vistos:

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte, con Oficio número 305 de 10 de los corrientes mes y año, la solicitud de cambio de radicación formulada por la doctora Clara B. Cifuentes Orjuela, abogada visitadora del Ministerio Público y que actúa como especial agente del mismo dentro del proceso que adelanta el Juzgado Doce de Instrucción Criminal —ambulante— del Distrito Judicial de Villavicencio contra *Beatriz Rivera de Gutiérrez* (alias Reina de la coca) y otros por infracción al Decreto 1188 de 1974.

La Corte procede a emitir el correspondiente concepto, previa la siguiente relación de documentos:

a) En su solicitud de cambio de radicación de dicho proceso anota la funcionaria del Ministerio Público:

"La petición la elevo con fundamento en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal y en razón a que en el Departamento del Meta y en especial el Municipio de Acacías, son zona ampliamente conocidas en el tráfico de estupefacientes, lo que dificultaría la recta Administración de Justicia, ya que se pueden presentar presiones de diversa índole por encontrarse vinculadas al sumario personas residentes y ampliamente conocidas en dicho Departamento; como también la dificultad y falta de medidas de seguridad para el traslado y permanencia de los doce detenidos en la Cárcel de Acacías" (fl. 1);

b) El Juzgado Doce de Instrucción Criminal —ambulante— de Villavicencio certifica que la doctora Clara B. Cifuentes Orjuela efec-

tivamente viene actuando dentro del referido proceso en su calidad de especial agente del Ministerio Público (fl. 2);

c) El Jefe del Grupo de Estupefacientes de la DIPEC, TC. José Leonardo Gallego Castrillón, en oficio que dirigió, con fecha 3 de marzo de 1983, le expresa a la doctora Clara B. Cifuentes:

"Sobre el particular debo manifestar que de acuerdo a lo observado a través de la investigación, esta Jefatura considera que en la actualidad la región de los Llanos Orientales constituye un foco crítico en la modalidad del cultivo, procesamiento y tráfico de estupefacientes, situación a la que no escapan los principales centros urbanos de la región incluyéndose dentro de este marco el Municipio de Acacías.

"Teniendo en cuenta la trayectoria investigativa previa al procedimiento, que arrojó como resultado la incautación de una cantidad apreciable de cocaína y la aprehensión de parte de la organización internacional de narcotraficantes que encabeza Beatriz Rivera de Gutiérrez, quien cuenta con un amplio record delictivo; se considera inconveniente cursar la investigación en la propia jurisdicción afectada, ya que se trata del medio ambiente familiar a la totalidad de la organización, donde al parecer la cabecilla en investigación cuenta con toda facilidad de desenvolvimiento y goza de simpatía e influencia respecto a la población en general; lo cual plantea la eventualidad de que no se dispone a nivel local del conjunto de garantías que se requieren para la prosperidad del proceso" (fls. 3 y 4);

d) El proceso se encuentra en las etapas del sumario y el juzgado que lo instruye viene laborando en Bogotá por razones de seguridad y por cuanto la casi totalidad de las pruebas deben practicarse aquí (fls. 1 y 7 a 9).

Se considera:

El cambio de radicación, como medida excepcional que es de las normas generales sobre competencia por el factor territorial, debe descansar en evidentes motivos que lleven a la clara conclusión de que en el lugar no existen las condiciones propicias para decidir, libro de factores adversos, un determinado asunto.

Es cabalmente lo que ocurre en el presente caso, ya que fuera de las circunstancias de tipo general que rodean la investigación por esta clase de ilícitos y que generan condiciones desfavorables para su correcto adelantamiento en el medio donde fueron cometidos, debido a las presiones de toda índole que se ciernen sobre testigos y funcionarios, se presenta en este proceso el concepto autorizado del especial agente del Ministerio Público que actúa dentro de éste y el del Jefe del Grupo de Estupefacientes de la DIPEC, quienes, con conocimiento de causa, aducen razones que hacen aconsejable el cambio de radicación del mismo para otro Distrito Judicial, no solamente en procura de la mayor independencia de la justicia, sino también de las seguridades carcelarias para evitar posibles evasiones o eventuales peligros para la integridad personal de los sindicados.

Cuando se acude a este remedio procesal no es que se esté haciendo una descalificación de los funcionarios ni del medio judicial a quienes se sustrae el conocimiento de un determinado asunto, sino que se atiende a circunstancias, generalmente ajenas a ellos mismos, que pueden llegar a comprometer los superiores intereses de la justicia y los de los propios procesados.

Las consideraciones precedentes son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conceptúe *favorablemente* respecto del cambio de radicación solicitado en relación con el proceso que se le adelanta a Beatriz Rivera de Gutiérrez (alias la Reina de la coca) y otros, cuyo conocimiento compete actualmente a las autoridades judiciales de Acacías (Departamento del Meta).

Devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL
CUESTIONARIOS TECNICA

Para que exista la nulidad constitucional, o nulidad jurisprudencial, es necesario que el acto procesal que se tilda de írrito carezca de los presupuestos de legalidad y logicidad que lo determinan

Si el cuestionario contiene las principales circunstancias de lugar, tiempo y modo que constituyeron el tipo delictivo y si, además, se determinaron las personas lesionadas, hay que aceptar que no obstante sus posibles defectos, no es dable alegar imprecisión o confusión en su texto

SALVAMENTO DE VOTO

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 29.

Vistos:

El Juzgado Tercero Superior de Cúcuta condenó en fallo proferido el 24 de marzo de 1981 a *Gustavo Gómez Rodríguez* a la pena de 21 años de prisión, a *José Rodrigo Pacheco Bautista* a la pena de 18 años de prisión, a *Luis Suárez Castro* y *Pedro Antonio Ruiz Cruz* a la pena de 6 años de prisión, cada uno, y todos a las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio en la persona de *Luis Jorge Galvis León* y de robo en perjuicio de éste, *Luis Vicente Serrano Silva* y *Luis Vicente Serrano Buendía.*

Los procesados José Rodrigo Pacheco Bautista, Luis Suárez Castro y Pedro Antonio Ruiz Cruz sustentaron el recurso extraordinario de casación que habían interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta del 20 de agosto de 1981 que confirmó en su totalidad la que dictó el juzgado del conocimiento.

Hechos:

Quedaron resumidos por el Procurador Delegado en lo Penal, en los siguientes términos:

"...El 8 de julio de 1970, a eso de las once y media de la noche, se presentaron en el restaurante denominado 'El Gordo' de la ciudad de Cúcuta, cuatro individuos armados de revólveres y mientras dos de ellos hacían vigilancia en el exterior del establecimiento, los otros dos penetraron a él e intimidando a los presentes con sus armas procedieron a apoderarse del dinero y de una calculadora electrónica. Como quiera que el propietario del establecimiento señor Jorge Galvis León, pretendiera intervenir para frustrar el hecho, fue muerto de tres disparos efectuados por los individuos que se hallaban dentro del local.

Pasadas algunas horas los asaltantes fueron aprehendidos en una finca de la jurisdicción del Municipio de Villa del Rosario y recuperados los efectos de los cuales se habían apoderado..."

Las demandas:

1. Demanda de José Rodrigo Pacheco Bautista.

Al amparo de la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C. de P. P.), sostiene que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, por quebrantamiento del debido proceso.

Edifica esta nulidad sobre la forma como se redactaron los cuestionarios, así:

Se interrogó al jurado por el delito de robo, esto es, por una denominación jurídica, contra expresa prohibición de ley.

No se determinó en los cuestionarios los elementos de esa infracción, ni las circunstancias que la constituyeron.

Finalmente, se le preguntó a los jurados por un ilícito inexistente al momento del juzgamiento, pues el nuevo Código Penal suprimió el delito de robo.

Según el censor estos reproches a los cuestionarios evidencian la violación del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal y del 26 de la Constitución Nacional, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

2. Demanda de Luis Suárez Castro y Pedro Antonio Ruiz.

Con fundamento en la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C. de P. P.), alega que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad supralegal, por violación de las formas propias del juicio.

Lo mismo que la anterior demanda construye esta nulidad sobre la manera como fueron redactados los cuestionarios utilizando también los mismos argumentos allí consignados.

Al efecto, expresa en síntesis:

Se preguntó al jurado con tecnicismos al emplear la denominación jurídica de robo, creándoles, por este modo, confusiones en el enten-

dimiento cabal de los cuestionarios. Y, mayor perplejidad al no consignar en ellos las circunstancias de hecho que venían a constituir los elementos de esa infracción.

Por último se interrogó a los jurados por un ilícito inexistente en la medida que el Código Penal de 1980 suprimió el llamado delito de robo.

Estas acciones y omisiones ponen de resalto la violación de los artículos 533 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional, conforme a reiteradas decisiones de la Corte.

El Ministerio Público:

Solicita desechar las demandas presentadas por considerar que no se dan las situaciones invocadas en ellas como constitutivas de nulidad constitucional.

1. Demanda a nombre de José Rodrigo Pacheco Bautista.

Respecto del cuestionario elaborado por el delito de homicidio, expresa:

"...El demandante hace hincapié en el hecho de que en la parte final se mencionó el delito de 'robo', pero esto en nada puede afectar el cuestionario por el homicidio puesto que se trata de una conducta diferente para la cual se elaboró un cuestionario aparte. De tal manera que hubiera bastado para que el cuestionario fuera completo, haber expresado la circunstancia agravante '...para ocultar y asegurar el producto de otro ilícito cometido...', sin explicar a qué delito en concreto se hacía referencia, pues la agravante se estructura por el simple hecho de que el agente proceda con el indicado propósito. Como tal cosa se hizo, en efecto el veredicto se elaboró correctamente, sin que la adicional mención del delito de robo desvirtuara o modificara, ni menos hiciera incomprensible el cuestionario. En últimas la mención expresa podría ser considerada innecesaria, pero en manera alguna invalidante".

En cuanto al cuestionario por el delito de robo, anota:

"...En el cuestionario se preguntó: 'Si el procesado...es responsable sí o no conforme al auto de proceder, del delito de robo de que hizo víctima a Luis Jorge Galvis León, Luis Vicente Serrano Silva y Luis Vicente Serrano Buendía, hechos sucedidos en las horas de la noche del día ocho de julio de mil novecientos setenta y nueve, en el restaurante «El Gordo» ubicado en el perímetro urbano de la ciudad, y *agravado* por la circunstancia de haberlo cometido mediante el empleo de armas (revólver)?'. Si bien la pregunta así formulada no es un ejemplo de técnica, es innegable que en ella se precisan los hechos debatidos en el proceso que dieron lugar al llamamiento a juicio aun cuando en lo relacionado con las circunstancias de modo que tipificaban el delito pueda ser un tanto deficiente, esto se encuentra subsanado porque se hizo alusión a la ocurrencia de los hechos 'conforme al auto de proceder', no como una transcripción literal de las palabras contenidas en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, sino

porque los miembros del jurado previamente fueron suficientemente ilustrados sobre el contenido de esa pieza procesal, ya que de conformidad con el artículo 549 de la obra anteriormente citada, en el momento de la notificación de su designación se les hizo entrega de una copia de tal auto y en el mismo acto de la audiencia pública, consta que fue leído el auto de proceder junto con los cuestionarios sometidos a su consideración. De otra parte la referencia al empleo de armas da una inequívoca claridad al texto de la pregunta..."

2. Demanda a nombre de Luis Suárez Castro y Pedro Antonio Ruiz Cruz.

Con relación a este libelo, discurre:

"...Considera suficiente este despacho remitirse a lo expresado al respecto, al contestar la demanda de José Rodrigo Pacheco, ya que, el cuestionario elaborado para deducir la responsabilidad de éste por el delito de robo contiene los mismos términos empleados en los confeccionados para Suárez Castro y Ruiz Cruz por el mismo delito.

Sin embargo, resulta conveniente agregar que este despacho no considera suficiente para que se declare la nulidad de la actuación, el haberse incluido la palabra robo, como denominación jurídica de la infracción, en el cuestionario, si del texto completo de este, surge una idea clara en relación con los hechos, que se le presentan al jurado para su veredicto. La palabra robo no es en realidad un tecnicismo jurídico que desoriente o llene de perplejidad al común de las gentes ya que en el lenguaje corriente tiene el inequívoco significado del apoderamiento de las cosas ajenas contra la voluntad de su dueño.

Tampoco es exacto, como lo sostiene el actor, que al jurado se le preguntó por una conducta inexistente, pues, es bien sabido que en el nuevo Código Penal la conducta que en el antiguo se sancionaba como robo es la misma que hoy recibe sanción con la denominación de hurto calificado y cuya norma tuvo bien en cuenta el juzgador de la segunda instancia en la sentencia..."

La Corte considera:

Las demandas formulan un solo cargo al abrigo de la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C. de P. P.) bajo la afirmación de que se dictó la sentencia en juicio de nulidad de rango constitucional, por violación del debido proceso, consistente en que los cuestionarios se redactaron contrariando la ley y creando confusiones en los jurados.

Ahora bien, como la censura en ambas demandas es la misma y los argumentos para sustentarla idénticos, la Sala estudiará y decidirá el asunto de manera conjunta.

Como toda la impugnación recae sobre la forma como fueron elaborados los cuestionarios, se tiene:

Cuestionario sobre el homicidio. "...El procesado...es responsable sí o no, conforme el auto de proceder, de haber dado muerte a

Luis Jorge Galvis León, quien falleció a consecuencia de las heridas que le propinaron con arma de fuego (revólver) descritas por el perito forense en la relación de necropsia, visible al folio 69 del cuaderno original, en hechos que tuvieron ocurrencia en las horas de la noche del día ocho de julio de mil novecientos setenta y nueve, en el local denominado el restaurante 'El Gordo', ubicado en el perímetro urbano de esta ciudad, y en la ejecución del hecho, el procesado procedió con el propósito de matar y para ocultar y asegurar el producto de otro ilícito cometido, es decir el robo?..."

Cuestionario sobre el robo. "...El procesado...es responsable sí o no, conforme al auto de proceder, del delito de robo de que hizo víctima a Luis Jorge Galvis León, Luis Vicente Serrano Silva y Luis Vicente Serrano Buendía, hecho sucedido en las horas de la noche del día ocho de julio de mil novecientos setenta y nueve, en el restaurante 'El Gordo' ubicado en el perímetro urbano de la ciudad, y agravado por la circunstancia de haberlo cometido mediante el empleo de armas (revólver)?".

Para que exista la nulidad constitucional, o nulidad jurisprudencial, es necesario que el acto procesal que se tilda de írrito carezca de los presupuestos de legalidad y logicidad que lo determinan. Lo que significa que deben estar ausentes todas las exigencias formales y todos los contenidos lógicos que le señala la ley en particular. La omisión de esos requisitos de forma y la pretermisión o desvío de esos contenidos lógicos, esenciales para el acto, resultan insuperables y, por ende, constitutivos de nulidad supralegal.

Por regla general, en este tipo superior de nulidad, el acto-relación nace deforme, pues no tiene la conformación que le prescribe la ley; o bien, carece de sentido o va contra el sentido que ella le demanda, es decir, es ininteligible o anfibológico. En ninguno de los dos eventos logra ser apto para la relación procesal a que está destinado.

Así el cuestionario que no es elaborado en la forma material y lógica indicada por la ley, que quebranta esas condiciones mínimas de existencia de su propio ser procesal, no puede articular una relación jurídicamente válida, pues resulta cuerpo extraño, que afecta el debido proceso, concebido éste como el conjunto de las garantías primordiales que tienen las partes o sujetos intervinientes en cada ordenamiento procesal.

Corresponde, entonces, a la luz de estos postulados, determinar si los cuestionarios impugnados, por la forma como fueron redactados, desconocieron garantías fundamentales en el juzgamiento de los recurrentes.

Indudablemente los mencionados cuestionarios no son un paradigma de perfección. Tienen fallas técnicas, pero sustancialmente cumplen los requisitos mínimos exigidos por la ley y, de modo alguno conculcan garantías fundamentales de los procesados o de las demás personas que intervinieron en el proceso.

En efecto:

La crítica que se formula a los cuestionarios tanto del homicidio como del robo es la de haberse empleado en ambos la expresión robo,

de donde deduce que se utilizó ilegalmente una denominacón jurídica del hecho, que no se determinaron las circunstancias constitutivas de esa infracción y que se interrogó por un delito que dejó de serlo en el nuevo Código Penal. Todo lo cual creó confusión en los jueces de conciencia festinando el derecho de defensa y las formas propias del juicio.

Sin embargo, el reproche no tiene base alguna en cuanto al cuestionario por el homicidio, porque, si bien se mira, la expresión robo se empleó para mayor precisión, esto es, para indicar que el homicidio se cometió para ocultar y asegurar el producto de otro delito, determinándolo de inmediato. Lo que significa que la expresión resulta inane en el cuestionario, pues de todas maneras, al suprimirla, la referencia a la circunstancia agravante (art. 363-4 del C. P.) sigue siendo correcta.

Así mismo el empleo de esta expresión en el cuestionario por el delito de robo, no constituye el uso de una denominación jurídica, sino más bien, el señalamiento de un proceder fáctico que todo mundo lo entiende como el acto mediante el cual una persona despoja a otra de algo que a esta última pertenece y si a esta comprensión del término se suma que el cuestionario expresa que el hecho se cometió con arma (revólver), no cabe duda que se estaba indicando que la conducta se cumplió con violencia. De otro lado, esto también pone de presente que se consignaron circunstancias constitutivas del hecho punible que permitían su cabal comprensión. La única que podría pensarse omitida, fue la relativa a la cuantía del ilícito que no es elemento compositivo del tipo sino factor determinante de la competencia.

Si este cuestionario contiene las principales circunstancias de lugar, tiempo y modo que constituyeron el tipo delictivo y si, además, se determinaron las personas lesionadas, hay que aceptar que no obstante sus posibles defectos, no es dable alegar imprecisión o confusión en su texto, o sostener que para los jurados fuese ininteligible o anfibológico. Si tales objeciones no pueden ser formuladas con certeza absoluta, resulta de rigor concluir que tampoco el cuestionario así concebido, denota, por parte alguna, violación del debido proceso.

Y, finalmente, si el delito de robo por el cual se preguntó desapareció como denominación jurídica en el nuevo código, pero no como conducta punible (hurto agravado), hay que concluir que no se inquirió al jurado por un delito inexistente y que no se le interrogó de manera técnica, pues se utilizó un vocablo carente ya de significación jurídica.

En estas condiciones, ninguno de los cargos propuestos en las demandas está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso, el veinte de agosto del año pasado, por el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Cúcuta, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Julio Salgado Vásquez, Conjuez, Con salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAUSALES DE INCULPABILIDAD

(Art. 40 del C. P., ordinal 4º)

ERROR. IGNORANCIA. DIFERENCIAS. GRATUIDAD DE LA JUSTICIA CIVIL (Art. 1º)

Obrar con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal

El error implica un concepto equivocado o falso sobre algo; la ignorancia consiste esencialmente en la falta de conocimiento sobre el hecho de que se trata

El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción del impuesto de timbre y papel sellado y de las expensas señaladas en el arancel judicial

Corte Suprema de Justicia.— Sala Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 09.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín su sentencia de 16 de noviembre de 1981, por medio de la cual absolvió a *José Rafael Manjarrés Florín* de los cargos por el delito de concusión en que se afirma incurrió cuando era Juez Civil Municipal de Chigorodó, carácter éste que se encuentra acreditado con los documentos de rigor.

Resultandos y considerandos:

Primero: Hechos:

Tanto en los autos de llamamiento a juicio como en la sentencia sometida a consulta, con sujeción a las pruebas han sido presentados así:

"Este proceso se inició con fundamento en copias tomadas del juicio disciplinario adelantado por una de las Salas de Decisión de

este Tribunal en contra del señor José Rafael Manjarrés Florín, que terminó con sentencia condenatoria calendada el 19 de diciembre de 1978".

"Adelantada la investigación se logró establecer que el señor Manjarrés Florín, en su calidad de Juez Civil Municipal de Chigorodó (Antioquia), por auto de 14 de mayo de 1977 fijó la suma de $ 3.000.oo para sí e igual cantidad para su Secretario por concepto, al parecer, de costas, que debería pagar el señor Plinio Vaca Caraballo, interesado en una diligencia de inspección judicial extraproceso.

"Posteriormente se supo, a pesar de la negativa inicial del exfuncionario y de Vaca Caraballo, que de los tres mil pesos el juez Manjarrés Florín recibió un cheque por la suma de un mil pesos".

Segundo: Por auto de 22 de octubre de 1979 el Tribunal Superior de Medellín llamó a responder en juicio criminal al sindicado José Rafael Manjarrés Florín "por el delito de *concusión* de que trata el Capítulo II, Título III, Libro II del Código Penal, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotadas en la parte motiva de esta providencia" (fls. 106, ss. 117).

Apelada tal decisión por el defensor del procesado (fl. 121) y debidamente tramitado el recurso (fls. 122 ss.) esta Sala de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (fls. 142 ss.), la confirmó en todas sus partes (fls. 153 ss.).

Se abrió el juicio a prueba (fl. 168); no se solicitó la práctica de ninguna (fl. 168 vto), se celebró la audiencia pública (fls. 171 ss.) y, acogiendo la tesis de la defensa, con rechazo de la del Ministerio Público, se produjo la sentencia absolutoria sometida ahora a consulta.

Tercero: Como es aceptado de todos, la materialidad de los hechos tal como han sido presentados a lo largo de este proceso, no se remite a la menor de las dudas: Manjarrés Florín, como Juez Civil Municipal de Chigorodó, "por auto de 14 de mayo de 1977 fijó la suma de $ 3.000.oo para sí e igual cantidad para su Secretario, por concepto al parecer, de costas, que debería pagar el señor Plinio Vaca Caraballo, interesado en una diligencia de inspección judicial extraproceso". De ellos, posteriormente, recibió mil pesos.

Esos hechos escuetos se establecen, entre otras pruebas, con la copia del auto antes indicado, con el recibo que constituye el folio 2; con la primitiva declaración de Vaca Caraballo y con la confesión que de lo anterior tuvo que hacer el mismo funcionario acusado quien, para justificarse, alega ignorancia de que aquél proceder fuera delictuoso y el haber reintegrado después la suma recibida.

Cuarto: El Tribunal, para llegar a la conclusión absolutoria, luego de presentar el criterio expuesto por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando las diligencias subieron por virtud de apelación del auto enjuiciatorio, expone:

"Sentado lo anterior, el señor representante del Estado llega a la conclusión, discutible aún bajo la vigencia del estatuto derogado, que la Sala compartió en otra ocasión: 'Como en el presente caso no puede afirmarse que el procesado incurrió en error ausente de negligencia,

dado el tiempo que en precedencia había servido a la administración de justicia, forzoso es concluir que actuó dolosamente' (fl. 151).

"La situación del código actual no ofrece dificultad, ya que el estatuto terminó con toda discusión: 'No es culpable, reza el artículo 40.4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo'. Norma que vendría a ser una de las excepciones del presupuesto del artículo 10 *ibídem.*

"Se exige, entonces, que se trate de un error invencible, vale decir, de aquellos de los que no puede salir el agente a pesar de su diligencia y cuidado normales. Mas, agrega la norma que si falta esta diligencia y cuidado, 'si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiese previsto como culposo'.

"En el caso a estudio no puede afirmarse, dados los hechos establecidos, que el agente hubiese tenido conocimiento de las normas sobre honorarios o emolumentos. Ni de su calidad de juez con experiencia de veinte meses, ni de su condición de egresado de una Escuela de Derecho prestigiosa, ni de las manifestaciones en zig-zag con posterioridad al descubrimiento de la ocurrencia, se desprende de modo inequívoco ese conocimiento, base fundamental del dolo. Son indicios más o menos graves, que dejaron, aunque estrechos, resquicios de duda. Y a ello se suma un contraindicio fuerte, aunque tampoco determinante como se advirtió en el auto calificador: El procesado se comportó como lo hacen las personas cuando obran de buena fe, a la luz del sol, sin tapujos: Al ciudadano que le manifestó sus inquietudes sobre la legalidad del pago, le reafirmó su certidumbre, le recibió un cheque girado a su nombre y dejó original, firmado de su puño y letra, el auto cuestionado que permaneció en la oficina hasta cuando llegaron los veedores de la Procuraduría.

"Surge entonces otro interrogante. Debió conocer el funcionario esas normas? Estuvo en posibilidad de salir del error con diligencia y cuidados ordinarios? La respuesta tiene que ser afirmativa. No se remite a dudas que el agente obró con evidente desprecio por los deberes propios de su cargo, uno de los cuales es el de conocer las leyes que aplica. Su negligencia es incuestionable. Empero, esa conducta, por mandato del artículo 40.4, sólo es punible cuando la ley la sanciona a título de culpa, que no es el caso *sub júdice*, puesto que el ilícito porque se procedió, de la concusión, no admite esa modalidad".

Lo cual, en síntesis significa que se acepta de plano que el procesado exjuez Manjarrés Florín no tenía conocimiento de las normas sobre honorarios. Pero que, aun cuando debía conocerlas, y "estuvo en posibilidad de salir del error con diligencia y cuidados ordinarios" y aun cuando "el agente obró con evidente desprecio por los deberes propios de su cargo, uno de los cuales es el de conocer las leyes que aplica", apareciendo incuestionable su negligencia, tal conducta no es punible a la luz del ordinal 4º del artículo 40 del Código Penal, puesto que sólo lo sería a título de culpa, modalidad no consagrada para el delito de concusión.

La anterior argumentación no puede aceptarse:

Dispone el artículo 40 del Código Penal en su ordinal 4º, que es el invocado para llegar a la inculpabilidad:

"Causales de inculpabilidad. *No es culpable:*

"....

"4º Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurra en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Sea lo primero tener en cuenta que no es lo mismo error que ignorancia. Pues el primero implica un concepto equivocado o falso sobre algo; en tanto que la segunda consiste esencialmente en falta de conocimiento sobre el hecho de que se trata.

El juzgador de primera instancia fundamenta su absolución en que no puede afirmarse que el procesado "hubiese tenido conocimiento de las normas sobre honorarios o emolumentos", es decir, no en un concepto equivocado o falso sobre ellas y su alcance, sino en su ignorancia sobre el particular. Lo cual no es exacto. En efecto:

El tenía que saber que es puerta de entrada del Código de Procedimiento Civil, el muy conocido principio de "Gratuidad de la justicia civil", *que consagra el estatuto respectivo en su primer artículo en los siguientes términos: "El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción del impuesto de timbre y papel sellado y de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría".*

El, como abogado, como juez civil y como veterano en la administración de justicia, no podía ignorarlo. Tampoco la meridiana claridad de sus términos, se presta para erradas interpretaciones. Qué error de interpretación puede presentarse con relación a la primera parte: El servicio de la justicia civil es gratuito, así como también a las claras excepciones de timbre, papel sellado y actos de secretaría, consagradas en su segunda parte? Ninguno.

Sabía, pues, que le estaba prohibido exigir o recibir dinero alguno por el ejercicio de sus funciones judiciales.

Tan cierto es lo anterior, que como lo recuerda el juzgador de primera instancia en su auto de llamamiento a juicio, el sindicado, primero, ante la investigación disciplinaria, negó que hubiera habido el pago en cuestión, pero luego, dentro de la penal, de una parte manifestara que no recordaba la existencia del auto que fijaba honorarios para él y, luego explicar que si acaso se dictó, ello obedeció a error de su parte, inducido por su secretario (fl. 108). Esa explicación no es convincente, como tampoco la final en la cual pretende hacer creer que nada obtuvo, luego de habérsele presentado su recibo, puesto que devolvió lo que le habían dado: "Eso equivale a no haber recibido, porque haber recibido para devolverlos equivale a no haber recibido

nada, entonces por eso dije que no había recibido nada" (fl. 54 vto.). También acepta que recibió los mil pesos ($ 1.000.oo), representados por un cheque que fue cobrado, por el concepto de que se viene tratando.

De lo expuesto y reseñado en los párrafos anteriores se desprende que el encausado obró conscientemente al decretarse y recibir, como efectivamente lo hizo, estipendios o emolumentos que la ley civil en manera alguna ha señalado o autorizado para funcionarios. Lo cual significa que al proceder el juez Manjarrés Florín en esa forma, sabía que obraba contra derecho.

Este proceder era el que correspondía a la conducta delictuosa tipificada como concusión por el anterior Código Penal en su artículo 156: "El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años".

Actividad delictuosa que quedó consignada de la siguiente manera en el artículo 140 del nuevo Código Penal: "El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

En consecuencia no puede sostenerse la inculpabilidad del procesado José Rafael Manjarrés Florín con invocación de la primera parte del ordinal 4º del artículo 40 del nuevo Código Penal, sobre la base de que obró "con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal", puesto que, como se anotó anteriormente, su conducta estaba reñida con la ley civil, la cual le prohibía hacer exigencias a recibir dinero o cualquier otra utilidad o promesa remuneratoria, prohibición cuya violación consciente le hace incurso en el delito de concusión.

Por lo dicho tampoco puede sostenerse que le es aplicable lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 23 del Código Penal anterior, vigente para la época en que se cometió el ilícito.

El hecho ejecutado por Manjarrés Florín es punible, puesto que está tipificado en la ley penal como ilícito, es antijurídico puesto que lesionó el interés jurídico tutelado por la ley, que en este caso es la administración pública, así como también vulneró el interés patrimonial de Plinio Vaca Caraballo y es culpable, puesto que lo realizó intencionalmente, según se ha visto.

En la forma expuesta, también quedan refutados los argumentos de la defensa, que fueron los que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia para proferir la sentencia absolutoria que habrá de revocarse.

Quinto: Como lo concluye el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal —Encargado—, la providencia consultada debe revocarse y, como consecuencia de ello, debe proferirse "sentencia condenatoria contra el procesado Manjarrés Florín, por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para tal efecto. De acuerdo con el artículo 68 del Código Penal, es viable la condena de ejecución condicional.

Al efecto, se tiene:

Se aplicará la legislación penal anterior, bajo cuya vigencia se cometió el ilícito, en virtud del principio de favorabilidad consagrado tanto por la Constitución (art. 26), como por los Códigos Penales antiguo y actual (arts. 3 y 6, respectivamente).

La norma penal violada, que lo fue el artículo 156 del código anterior —Ley 96 de 1936— señala para sus infractores, como pena privativa de la libertad, la de prisión de uno a seis años.

No obran contra el procesado circunstancias de mayor peligrosidad, como de menor habrá de tenérsele en cuenta el resarcimiento del daño causado a Plinio Vaca Caraballo, pues le devolvió los mil pesos que le había exigido y su buena conducta anterior.

Por lo tanto y, habida consideración de las pautas que se señalan los artículos 36 y 39 del Código Penal aplicable, se le impondrá el mínimo de esa sanción privativa de la libertad. Como accesoria la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del estatuto penal actual, se suspenderá la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos años, puesto que se dan las condiciones exigidas por tal norma para ese efecto.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Revocar la sentencia absolutoria consultada, proferida dentro de estas diligencias el 16 de noviembre de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para, en su lugar:

Segundo: Condenar a José Rafael Manjarrés Florín, de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena privativa de la libertad de un año de prisión, como autor responsable del delito de concusión que cometió cuando ejercía las funciones de Juez Civil Municipal de Chigorodó, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya dichas.

Como pena accesoria se le impone la de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

Tercero: Se suspende la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos años.

Para gozar de él, prestará caución con garantía personal por la suma de $ 1.000.oo, comprometiéndose a guardar buena conducta y a no incurrir en nuevas infracciones.

Comisiónase al Magistrado sustanciador de la respectiva Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para notificarle personalmente al sentenciado esta providencia, aceptar la fianza y para extender la diligencia de compromiso.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EXCEPCION AL DEBER DE DECLARAR

ARTICULOS 25 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y 239 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La inobservancia de tal formalidad por parte del juez puede hacerlo incurrir en falta disciplinaria. El constreñimiento para testificar en ese caso puede constituir delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 30.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia del 28 de enero de 1982, confirmó la proferida por el Juzgado Veintiseis Superior de esta capital el 14 de septiembre de 1981, mediante la cual condenó a los procesados *Alfonso Castañeda y Rosa María Rodríguez Daza* a la pena principal de 8 años de prisión, para cada uno, y a las accesorias de rigor, como coautores del delito de homicidio en la menor Yolanda Aguirre.

Alfonso Castañeda propuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que sustentó su apoderado con demanda que fue declarada ajustada a derecho.

Hechos:

Quedaron resumidos de la siguiente manera:

"...En la población de Monterrey (Casanare) residía la niña Yolanda Aguirre Olarte (18 años de edad) con su padre y allí cursaba sus estudios primarios con dedicación y desarrollaba las actividades propias de su tierna edad.

Hasta esa población fueron en viaje de vacaciones Alfonso Castañeda y María Rosa Rodríguez Daza, que hacen vida marital y residen en la población de Suba, aledaña a Bogotá, quienes ofrecieron al padre de la niña que le darían estudio, vestido, alimentación y morada a la menor, además de $ 500.oo mensuales, a cambio de que le sirviera como niñera en su casa. Con ese entendimiento el señor Juan Aguirre

(progenitor de Yolanda) permitió que su hija viniese con la familia Castañeda Rodríguez. Esto ocurrió en el mes de julio de 1979.

Yolanda Aguirre murió en el Hospital de Suba el 22 de septiembre de 1979 como consecuencia de múltiples traumatismos, inanición, quemaduras, etc., que sufrió mientras permaneció al 'cuidado' y al 'servicio' de los concubinarios citados..."

La demanda:

Al amparo de las causales primera y cuarta de casación (art. 590-1-4 del C. de P. P.), sostiene el demandante la violación directa de la ley sustancial y la nulidad del fallo condenatorio.

1. *Nulidad constitucional.*

a) Alega que las declaraciones de los menores Honorio Forero Castañeda y Jaime Forero Castañeda fueron recibidas sin las formalidades que ordenan los artículos 239 del Código de Procedimiento Penal y 25 de la Constitución Nacional, lo que constituye una forma propia del juicio, pues siendo estos quienes incriminaron a su hermano Alfonso Castañeda "...se ha debido informarlos del derecho al silencio..." porque en todo proceso penal cuando alguien declara en contra de su pariente "...debe el juez informar al testigo, que está en libertad de declarar contra su familia dentro del marco establecido por la ley. Si es su deseo puede hacerlo, y así renuncia a su derecho al silencio...";

b) Aduce que del mismo modo se violó el artículo 26 de la Carta y, por ende, el debido proceso, porque siempre que deba acudirse "...al testimonio de una de las personas a las que se refiere el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe ser advertida de que no está en la obligación de declarar contra su familiar. Si se hace como se ha hecho en el caso *sub exámine*, se ha violado una norma propia del juicio, como es el derecho o garantía que ha otorgado la Constitución al procesado..."

2. *Violación directa.*

Sostiene que se violaron en forma directa los artículos 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto del quebranto, del primero de los artículos mencionados, expresa:

"...las pruebas se aprecian por su estimación legal y toda duda debe ser resuelta a favor del procesado, cuando no haya manera de eliminarla.

La prueba en el testimonio de Honorio Forero C., establecía que él había sido el autor de las lesiones y violación de la menor. Si tal prueba se hubiera apreciado en su tenor literal, o en su sentido teleológico, mi mandante habría sido absuelto..."

Y, en cuanto a la violación del segundo de los artículos citados, manifiesta:

La confesión tiene pleno valor probatorio "...siempre que ésta se haga ante juez competente, que sea libre, que sea espontánea y se reciba ante el respectivo secretario. De otra parte debe estar plenamente comprobado el cuerpo del delito. En el caso de mi mandante, su hermano Honorio Forero C. confesó la comisión de las lesiones y la violación a la menor. Esta confesión hecha en forma libre y espontánea ante su propio juez, un juez de menores, y trasladada al proceso, no se tiene en cuenta para nada. Por el contrario se le tiene como todo lo contrario a lo que ordena la ley..."

El Ministerio Público:

Solicita que la sentencia no sea casada, pues en su concepto ninguno de los cargos de la demanda está llamado a prosperar.

Con relación a los cargos formulados bajo la causal cuarta de casación advierte que los contesta conjuntamente, pues se basan en que los menores Forero Castañeda fueron obligados a declarar contra su hermano Alfonso Castañeda. Situación que rebate en la siguiente forma:

Honorio Forero Castañeda "...rindió indagatoria ante el juez de Instrucción Criminal cuidándose de comprometer a su hermano. Y en la etapa probatoria de la causa, desvinculado del proceso por ser menor de 16 años, fue confrontado con Alfonso en presencia del mismo profesional recurrente en casación, oportunidad en la que interviniendo como simple testigo fue advertido del derecho consagrado en el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, manifestando expresamente su deseo de declarar en dicha diligencia..."

Jaime Forero Castañeda "...declaró durante el sumario y el juicio (fls. 115 y 365 del expediente) y en ambas ocasiones fue previamente advertido del contenido del artículo 239, manifestando expresamente su deseo de declarar..."

De esta suerte considera infundados los hechos que adujo el censor como constitutivos de nulidad supralegal.

En punto al cargo de violación directa de la ley sustancial por haberse desconocido los artículos 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el principio del *in dubio pro reo* y el valor probatorio de la confesión de Honorio Forero Castañeda, señala que estas cuestiones "...sólo pueden plantearse como violación indirecta de la ley por error de hecho o de derecho manifiestas en la apreciación de las pruebas..."

La Corte considera:

El demandante, respetando el principio de prioridad de las causales de casación, propone primero los cargos atinentes a la causal cuarta relativos a la nulidad constitucional y, luego, el de la causal

primera consiste en la violación directa de la ley sustancial. En consecuencia, en ese mismo orden se estudiarán las impugnaciones.

1. *Nulidad constitucional.*

Se analizarán conjuntamente los dos cargos que el actor plantea bajo este concepto en razón de que ambos se edifican sobre la inobservancia de los artículos 25 de la Constitución Nacional y 239 del Código de Procedimiento Penal como motivo de la violación de las formas propias del juicio.

Entre los artículos 25 de la Constitución Nacional y 239 del Código de Procedimiento Penal existe una estrecha relación de causa a efecto, pues resulta indudable que el segundo viene a ser el cabal desarrollo del primero. Basta, por consiguiente, estudiar el 239 del Código de Procedimiento Penal para comprender el alcance de la garantía constitucional que encierra. Dispone la mencionada norma:

"Excepción al deber de declarar. *Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil.*

Este derecho se le hará conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio".

Se trata, como fácilmente se aprecia, de una excepción al deber de declarar que tiene toda persona. De consiguiente, ninguno de los que se hallen dentro de las condiciones de este artículo puede ser obligado a rendir testimonio. Y, la razón para que no se le pueda conminar a dar atestación contra sí mismo o contra sus parientes dentro de los grados de consanguinidad y afinidad que señala la norma, emerge de la ley natural, de la necesidad de defenderse o del afecto y lealtad debidos a la familia, situaciones estas que pueden conducir y que de ordinario conducen al ocultamiento total o parcial de la verdad.

Lo fundamental, entonces, es destacar la imposibilidad legal de exigir el testimonio de estas personas quienes sólo pueden rendirlo si renuncian al derecho de permanecer en silencio, para lo cual el funcionario respectivo se lo hará conocer.

La simple inobservancia de tal formalidad por parte del juez o funcionario de instrucción no afecta la validez del testimonio y menos de la relación procesal a que accede, implica, eso sí, que éste al dejar de cumplir con ese deber, puede incurrir en falta disciplinaria. Pero, en cambio, si la persona que se sabe exceptuada de la obligación de testificar es constreñida de algún modo a hacerlo, no sólo se viola la legalidad de la diligencia sino que el juez o funcionario de instrucción, que así procede, cometería delito.

En el caso *sub júdice* no se ha demostrado por parte alguna que los menores Honorio y Jaime Forero Castañeda fueron constreñidos a declarar contra su medio hermano Alfonso Castañeda, por el contrario, según el Procurador Segundo Delegado en lo Penal a ambos se les impuso del contenido del artículo 239 del Código de Procedi-

miento Penal y, no obstante, manifestaron expresamente su deseo de atestiguar.

En estas condiciones, los cargos de nulidad no pueden prosperar porque los hechos en que se fundan carecen de realidad.

2. *Violación directa.*

Estima que se violaron de manera directa los artículos 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal porque se dejaron de aplicar, el primero en cuanto a la duda que planteaba el testimonio de Honorio Forero Castañeda y, el segundo, en relación con la confesión del mismo porque no fue tenida en su valor legal.

El simple enunciado del cargo, pone de relieve:

a) Que se alega violación directa de normas probatorias y no de disposiciones sustanciales como lo exige la causal primera de casación, cuerpo primero, que ha sido invocada;

b) Que no se expresa, por parte alguna, el sentido de la violación para señalar si por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea;

c) Que no se acepta la apreciación probatoria de la sentencia sino que se discute la prueba para otorgarle un valor diferente o darle una interpretación distinta a la que le dio el fallador.

Estas observaciones acreditan que el actor confundió la violación directa de la ley con la indirecta. Pero, aún en el hipotético evento de que el censor se hubiera equivocado con la denominación de la violación, lo que resulta improbable por la claridad de su formulación, no sería atendible el cargo de violación indirecta de la ley sustancial en asuntos como el presente donde interviene el jurado, porque se estaría induciendo al desconocimiento del veredicto por contraevidente para proponerle a la Corte que falla como juez de hecho y de derecho al mismo tiempo, lo que constituye un absurdo jurídico.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el veintiocho de enero del año pasado 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 devúelvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ORDEN DE CAPTURA

Para indagatoria: Su procedencia en delito que tiene señalada pena de prisión; su atinencia en delitos que tienen pena de arresto y en aquellos que carecen de pena privativa de la libertad. Procedimiento cuando se trata de investigaciones por el delito de calumnia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 30.

Vistos:

Revisa la Corte, por vía de apelación interpuesta por la denunciante *Rosa Emilia Vásquez de Fernández,* la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de 25 de agosto de 1982, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso contra los doctores *Sonia Gil Molina,* Juez Penal del Circuito de Bello, *Jaime Restrepo Osorio,* Juez 23 de Instrucción Criminal, *Nubia Orrego de Ossaba,* Juez Primero Penal Municipal, *María Obdulia Osorio,* Juez Segundo Penal Municipal y *Silvia Helena Isaza,* Juez Primero Civil Municipal, todos de la ciudad de Bello, por los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y detención arbitraria.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto recurrido.

Hechos:

En varios manuscritos de confusa interpretación, la señora Rosa Emilia Vásquez de Fernández hace múltiples cargos a todos y cada uno de los jueces de la ciudad de Bello (Antioquia). El Tribunal de instancia, deja constancia de que en otras oportunidades ha rechazado denuncias de esta señora con auto inhibitorio por inexistencia de delito en que fueron Magistrados sustanciadores los doctores José Héctor Jiménez Rodríguez, Fernando Gómez Gómez y Luis Alfonso Montoya Cadavid.

Esas denuncias han motivado que los diferentes jueces se declaren impedidos para conocer de los procesos en que es parte la denunciante y, consecuencialmente su trámite se ha visto obstaculizado por tal circunstancia.

Resultandos:

El Tribunal Superior de Medellín dispuso la revisión minuciosa de los procesos a que hizo referencia la denunciante, con los siguientes resultados:

Juzgado 23 de Instrucción Criminal:

En este Despacho a cargo del doctor Jairo Restrepo Osorio, cursó un proceso contra Francisco Luis Monsalve por invasión de tierras contemplado en el artículo 367 del Código Penal y, una vez ratificada la denuncia, procedió a remitirlo al Juzgado Penal del Circuito a cargo de la doctora Sonia Gil, quien previo concepto favorable del Ministerio Público dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

De la inspección judicial practicada al proceso se dedujo que ninguna irregularidad se presentó en su tramitación.

Juzgado Penal del Circuito:

Por impedimento de los Jueces 1º y 2º Penales Municipales de la ciudad de Bello, llegaron unas diligencias por la muerte de un perro y, aceptado aquél, fueron remitidas al Juzgado Municipal de Copacabana cuyo titular igualmente se declaró impedida. Ninguna irregularidad se observó en estas diligencias y el tiempo que ha sufrido en su tramitación es el que la ley ha previsto para el caso de impedimentos y su consecuente decisión.

Juez Civil Municipal:

Aunque la denuncia no fue dirigida contra la titular de ese Despacho Judicial, se procedió a la revisión del juicio de lanzamiento instaurado por la quejosa ya que hizo tangencial referencia a él. Tampoco se observó irregularidad alguna en su tramitación.

Juzgado 1º Penal Municipal:

El 21 de diciembre de 1981 se instauró ante la Inspección de Policía de Bello denuncia penal contra Rosa Emilia Vásquez de Fernández por el delito de calumnia por hechos sucedidos ese mismo día. El inspector libró orden de captura contra la sindicada y en esa misma fecha pasó las diligencias al Juzgado 1º Penal Municipal del lugar y, al día siguiente, la titular se declaró impedida ordenando el envío de las diligencias al Juzgado 23 de Instrucción Criminal. La sindicada fue capturada el 26 de diciembre de 1981 y fue puesta a disposición de la inspección, de donde remitieron el informe al Juzgado 1º Penal Municipal.

Puesta a órdenes del Juzgado el 28 de diciembre a las 8 y 30 a.m. de inmediato se remitieron las diligencias al Juzgado 23 de Instrucción Criminal donde cursaba el proceso y, en la misma fecha se ordenó devolverlo al Municipal. Por cuanto la juez había manifestado su impedimento, el 29 de diciembre ordenó el envío de las sumarias al Juzgado 2º Penal Municipal.

Juzgado 2º Penal Municipal:

Este Despacho oyó en indagatoria a la sindicada Rosa Emilia Vásquez de Fernández el 30. En esa misma fecha ordenó un examen psiquiátrico a ésta y el 31 le resolvió la situación jurídica dejándola en libertad.

Se considera:

Como se dejó consignado, no habiéndose hallado informalidad alguna en la tramitación de los procesos en que tuvo interés la querellante Rosa Emilia Vásquez de Fernández, la Sala habrá de confirmar el auto inhibitorio proferido en favor de los funcionarios que tuvieron a su conocimiento dichos asuntos, por estar presentes todos los requisitos consagrados en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia de delito.

En cuanto al proceso que se le inició en la Inspección Municipal de Bello la Sala se permite precisar:

El delito de calumnia, tanto en el Código anterior como en el actualmente vigente, tiene señalada pena privativa de la libertad (prisión) y, el artículo 426 del estatuto procedimental penal, faculta al juez para librar orden de captura contra el presunto infractor para oírle en declaración indagatoria, si existiere mérito para ello. Así mismo, en aquellos procesos en que el delito mereciere arresto o pena no privativa de la libertad, debe el funcionario citar al sindicado, pero si éste no compareciere, podrá igualmente librar orden escrita de captura para oírlo en indagatoria y concluida ésta dejarlo inmediatamente en libertad.

El artículo 440 del mismo Código prescribe que "no podrá decretarse la detención preventiva por los delitos de calumnia e injuria", pero, esto no obsta para que pueda librarse orden de captura para oír al infractor en indagatoria. Recibida ésta no cabe otro camino que ordenar la libertad del procesado, como en este caso ocurrió en cumplimiento de la norma antes citada.

En el caso concreto, la orden de captura partió del Inspector de Policía, con fundamento en ella se capturó a la sindicada y fue puesta a disposición del juez que tenía en ese momento el proceso, presentándose los incidentes antes reseñados, pero resolviéndose la situación jurídica dentro de los términos legales y de conformidad con la ley.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, *confirme* el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

DEMANDA ANTITECNICA

Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan claro y grave defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ella se pretendió sustentar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 30.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dictó sentencia condenatoria contra los procesados *Daniel Ancisar Giraldo y Rosalba Atehortúa,* por el delito contemplado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y les impuso a cada uno la pena principal de tres años de prisión y multa de $ 5.000.oo. En contra de esta determinación interpuso el recurso de casación el defensor de los condenados.

El recurso fue concedido y declarado admisible. No obstante, el demandante sólo presentó con la debida oportunidad la demanda en relación con Rosalba Atehortúa, razón por la cual la Corte declaró desierto el recurso interpuesto a nombre de Daniel Ancízar Giraldo Gallego.

Hechos y actuación procesal:

En las horas de la noche del 23 de diciembre de 1980, las autoridades de policía de Manizales acudieron al hotel "El Triunfo", en razón a que desde una de las habitaciones de dicho hotel un individuo hacía disparos con arma de fuego. Los agentes de policía penetraron al lugar y allí encontraron a Daniel Ancízar Giraldo y a su compañera Rosalba Atehortúa quien tenía escondidos tres revólveres y en sus prendas interiores 170 gramos de cocaína. En el lugar fueron halladas también dos libretas de ahorro con saldos de $ 308.000.oo y $ 629.000.oo, respectivamente.

Con fundamento en los anteriores hechos el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Manizales dispuso la apertura de la investigación, mediante auto del 31 de diciembre de 1980.

Oídos en diligencia de indagatoria los sindicados Rosalba Atehortúa y Daniel Ancízar Giraldo Gallego por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, se les resolvió por este mismo juzgado su situación jurídica por medio del auto del 25 de febrero de 1981 en el que se dispuso su detención por infracción al Decreto 1188 de 1974.

El Juzgado Primero Penal del Circuito ordenó el cierre de la investigación el 20 de mayo de 1981. Ese mismo juzgado calificó el mérito del sumario el 3 de junio de 1981; en esa providencia llamó a responder en juicio criminal a los procesados Giraldo Gallego y atehortúa Valencia por el delito de "porte ilegal de bazuca" de que trata el Decreto 1188 de 1974.

El defensor de los encausados interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra el auto enjuiciatorio. Negado el primero y concedido el segundo, mereció confirmación integral por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en providencia del 11 de agosto de 1981.

Tramitada la causa y verificada la diligencia de audiencia pública el 2 de noviembre de 1981, el Juzgado Primero Penal del Circuito puso fin a la primera instancia el 9 de noviembre de 1981, cuando dictó la sentencia en virtud de la cual condenó a los procesados a la pena de tres años de prisión y las accesorias correspondientes. De esta sentencia conoció el Tribunal Superior de Manizales, por vía de apelación, entidad que la confirmó integralmente el 3 de febrero de 1982.

La demanda de casación:

El representante judicial de los procesados presentó una demanda de casación en la cual formula ocho cargos contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Dos de los cargos propuestos parten de la afirmación de que la sentencia acusada violó en forma directa la ley penal sustancial; los cargos restantes se fundamentan en la violación indirecta de dicha ley penal sustancial.

Al formular el primer cargo sostiene la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 38 del Decreto 1188 de 1974 y 215 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la conducta que dio lugar al enjuiciamiento "porte ilegal de bazuca", no está prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, pues el artículo 38 de aquella reglamentación no emplea el verbo portar. Con la sentencia condenatoria por conducta no regulada legalmente se dejaron de aplicar los artículos 1º, 3º y 7º del Código Penal.

El segundo cargo lo hace consistir en la afirmación de que "la sentencia viola en forma directa la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 38 del Decreto 1188 de 1974 y 215 del Código de Procedimiento Penal, y por falta de aplicación del Código Penal, al condenar a persona que no realizó material ni psicológicamente la conducta punible". Estima que en el proceso no hay prueba alguna que permita afirmar que a Ancízar Giraldo se le haya encontrado la droga, pues esta fue hallada en poder de la otra procesada.

Al formular el tercer cargo afirma que se violó en forma indirecta la ley sustancial, por error de derecho, al haber valorado la sentencia la prueba como indicativa de porte, tráfico o almacenamiento, cuando ella indicaba que se trataba de llevar consigo la sustancia estupefaciente. Afirma que la prueba indebidamente apreciada fue la de carácter testimonial, aun cuando no dice cuáles declaraciones en particular, y la confesión de Rosalba Atehortúa, en la medida en que se desmembró su relato indivisible, lo que condujo a la indebida aplicación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

En el cuarto cargo considera que se dio la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, en cuanto la sentencia valoró equivocadamente la prueba testimonial y la confesión de Rosalba Atehortúa que se oponían a la deducción de una coautoría de Ancízar Giraldo, por desconocimiento de lo preceptuado por los artículos 236 y 264 del Código de Procedimiento Penal, que llevó a la aplicación indebida del artículo 33 del Decreto 1188 de 1974 y a la falta de aplicación de los artículos 21 y 23 del Código Penal.

El quinto motivo de impugnación se orienta a criticar la prueba pericial con que se demostró la materialidad del ilícito. Sin aclarar la naturaleza del error que dio lugar a la violación indirecta, señala que se tuvieron como dictámenes periciales demostraciones de menor entidad, pues el inicial dictamen no aparece firmado por el perito que lo practicó, ni indica la técnica utilizada; mientras que el segundo dictamen es deficiente, con lo que se desconoció lo dispuesto por los artículos 265 y 269 del Código de Procedimiento Penal, que dio lugar a su vez a la aplicación indebida de las ya citadas normas sustanciales.

En el sexto cargo se aduce la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en cuanto se dejaron de considerar las pruebas que llevaban a la conclusión de que a los procesados ha debido sancionárseles por parte de dosis personal y no como traficantes de cocaína, con lo que se violó el artículo 38 del citado estatuto de estupefacientes.

El séptimo cargo se basa en la afirmación de que la ley sustancial se violó en forma indirecta, por error de hecho, en la medida en que con pruebas deficientes se dio por demostrado el cuerpo del delito, entre otras razones por cuanto existen afirmaciones diversas sobre la cantidad de bazuca encontrada. Por esta vía se aplicó indebidamente el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes y el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, estima el impugnante, se incurrió en error de hecho cuando con fundamento en suposiciones fueron señalados los condenados como traficantes de estupefacientes y el hotel en donde residían como depósito de la droga, lo que condujo a aplicar indebidamente las normas incriminadoras, a que se dejara de aplicar el artículo 21 del Código Penal, y a que se desconociera la presunción de inocencia.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se limita a responder los cargos en relación con la demanda formulada a nombre de

Rosalba Atehortúa, pues el recurso presentado por el otro condenado fue declarado desierto.

Encuentra el distinguido colaborador fiscal que es un hecho inobjetable que a Rosalba Atehortúa le fueron encontrados en su poder tres revólveres y 170 gramos de cocaína. La prueba testimonial y la confesión de esa procesada, lo confirman.

De otra parte estima que la impugnación por violación directa de normas de derecho sustantivo carece de fundamento, el hecho existió y ningún menoscabo se ocasionó a la procesada por haber utilizado la expresión "portar" en vez de "llevar consigo".

Encuentra, además, que el impugnante propone como violación indirecta de la ley sustancial lo que antes había propuesto como violación directa, aparte de que en el tercer cargo trata de un error de derecho referido a la prueba testimonial, cuando la ley defiere al juez la estimación de esta clase de prueba. Así mismo, el actor al criticar la prueba pericial no señala si se trata de error de hecho o de derecho, vicios técnicos que impiden la prosperidad del recurso. En este mismo yerro de técnica incurre al plantear el octavo cargo.

Por último dice que la solicitud de que se condene a los procesados por porte de dosis personal, parte de simples apreciaciones subjetivas del recurrente, carentes de respaldo, como que en el proceso no hay prueba científica que permita sustentar ese pedimento.

Consideraciones de la Corte:

A juicio de la Sala la sentencia acusada tiene respaldo tanto jurídico como probatorio que impedirían la prosperidad del recurso. No obstante, errores de técnica en la formulación de los cargos no permiten que se haga un estudio de fondo sobre los diversos aspectos planteados, errores que deben conducir, consecuencialmente, a desechar la demanda.

En forma reiterada ha señalado la jurisprudencia que constituye atentado grave contra la preceptiva del recurso extraordinario alegar simultáneamente y respecto de una misma disposición, su violación directa e indirecta, pues tal procedimiento coloca al juzgador en situación dilemática en cuanto, al no estar facultado ni para corregir la demanda ni para optar por un cargo desestimando otros, lo imposibilita para tomar decisión de fondo.

En efecto, el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se refiere en su integridad a la violación de la ley sustancial; no obstante, ella, de acuerdo con la primera parte de la disposición citada, se refiere a la violación directa, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación, mientras que la segunda parte ocurre cuando el juzgador deja de aplicar o aplica indebidamente la ley sustancial pero en virtud de manifiestos errores, de hecho o de derecho, originados en la prueba o en su valoración.

Lo anterior significa que cuando se alega violación directa no se discute la prueba, ni la valoración que de ella hizo el juzgador; en

tanto que cuando lo planteado es la violación indirecta, justamente la crítica tiene como punto de partida el caudal probatorio o el análisis que de él hizo el fallador.

En estas condiciones una demanda que pretenda la invalidación del fallo alegando de una parte la violación directa de una norma y a renglón seguido la violación indirecta de la misma disposición, es contradictoria y no puede ser estudiada, pues tal manera de razonar viola el principio de no contradicción ya que no puede a la vez aceptarse y desconocerse, la realidad probatoria y su valoración.

La demanda que ahora se estudia adolece del citado defecto pues los dos primeros cargos parten de la afirmación de que los artículos 38 del Decreto 1188 de 1974 y 215 del Código de Procedimiento Penal se violaron en forma directa, por aplicación indebida, mientras que los restantes cargos parten de la afirmación de que tales preceptos se violaron en forma indirecta. Esta manera de argumentar permite afirmar que para el casacionista la prueba fue correctamente valorada, cuando formula los dos primeros cargos, afirmación que contradice al presentar los restantes.

Conviene agregar que la prosperidad de un recurso de casación a través de la violación indirecta de la ley sustancial, requiere que ese error sea fundamental, vale decir que sin su presencia la conclusión habría sido distinta y además que sea cabalmente demostrado por el actor. De otra parte es carga del impugnante que precise si se trata de error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Sabido es que el error de hecho ocurre cuando se desconoce una prueba legalmente aportada, cuando se supone una prueba inexistente cuando a una prueba se le atribuye una verdad que difiere de su real contenido. Se presenta el error de derecho cuando, en los casos que la ley señale una tarifa legal de valoración, tal tarifa es desconocida por el juzgador o cuando se le atribuye a una prueba un valor que la ley no le concede, o cuando se estima una prueba que ha sido producida o aducida ilegalmente.

De conformidad con lo anterior la demanda es antitécnica por cuanto en el cargo quinto no se señaló la clase de error alegado, ni pueden ser errores de derecho los señalados en los cargos tercero y cuarto, a más de que el censor se limita a presentar su personal apreciación de la prueba, antes que a demostrar la existencia del error.

Por manera que los defectos técnicos anotados y destacados por el señor Procurador Delegado impiden que la demanda pueda ser estimada, pues ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

Por lo expuesto la Corte Suprema en 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.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ELABORACION DE PROYECTOS

El cambio de un proyecto de providencia por otro diferente, no puede ser considerado como un atentado contra la fe pública

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 32 de abril 7 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga consulta el auto de sobreseimiento definitivo dictado en favor del doctor *Antonio José Almeida Saaibi,* quien había sido indagado por la supuesta comisión de un delito contra la fe pública cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Floridablanca.

Hechos:

En el Juzgado de Floridablanca se adelantaba un sumario contra Jaime Román por el delito de lesiones personales. El sindicado Román fue presentado ante ese juzgado por su abogado, doctor Miguel Francisco Narváez Obregón, a fin de que se le oyera en diligencia de indagatoria. Recibida y ampliada ésta en la tarde del 4 de marzo de 1981, el juez oyó la solicitud verbal del abogado para que su cliente fuera dejado en libertad, pues el profesional del derecho sostenía que el sindicado había actuado dentro de una legítima defensa. Reticente el juez se oponía a acceder a lo pedido; sin embargo terminó por proyectar un auto en el que disponía que Román quedara en libertad con presentaciones periódicas, motivo que dio lugar a que el abogado se retirara del juzgado; no obstante, el juez Almeida Saaibi recapacitó y dictó una providencia en la cual disponía la privación de la libertad de Jaime Román en calidad de capturado.

Resultandos:

1º Con los documentos que obran a los folios 77, 78 y 80 se acreditó plenamente que el doctor Antonio José Almeida Saaibi desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Floridablanca, para el día en que ocurrieron los hechos denunciados.

2º Afirmó el denunciante, doctor Narváez Obregón, que el 4 de marzo de 1981 presentó al juzgado a Jaime Román quien era requerido por el Juzgado de Floridablanca para rendir indagatoria dentro de un proceso que se le adelantaba por el delito de lesiones personales, rendida la indagatoria solicitó verbalmente al juez que dejara en libertad a Román, pues en su opinión éste había actuado justificadamente. El juez se negó a acceder a su solicitud, no obstante, luego de reiterarle sus argumentaciones logró persuadirlo y accedió a dejar en libertad al capturado, motivo por el cual el propio juez procedió a elaborar el auto que tal cosa disponía. Terminado el auto el juez lo entregó al secretario, momento en el que el profesional del derecho abandonó el despacho. Sin embargo, más tarde fue informado que se había mantenido privado de la libertad a Román, hecho que comprobó cuando a la mañana siguiente fue al juzgado y que dio lugar a la denuncia que formuló contra el doctor Almeida ante el presidente de la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga.

Antonio Herrera Flórez, secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Floridablanca, expresó que evidentemente el juez Almeida Saaibi le entregó un auto en el que se disponía la libertad de Jaime Román; no obstante, éste, casi de inmediato y una vez que el abogado abandonó el juzgado, pidió que se lo devolviera pues luego de reflexionar había llegado a la conclusión de que la situación del capturado no era clara y, por tanto, dictó un auto en el que dispuso que Román permaneciera privado de libertad.

Inicialmente dijo el Secretario que había firmado el primer auto; no obstante, en una ampliación de su declaración afirmó que realmente no lo había firmado, pues cuando le fue reclamado por el juez tuvo que sacar las hojas de la máquina de escribir, pues se disponía a redactar la constancia de notificación. De todas maneras ese auto ni fue notificado ni incorporado al expediente.

3º El juez Antonio José Almeida Saaibi manifestó en su indagatoria que luego de haber escuchado la versión del sindicado Jaime Román, su abogado, Miguel Narváez, le insistió para que lo dejara en libertad "...pues logró que yo casi quedara convencido de concederle la libertad, entonces yo puse el papel en la máquina e hice un auto de libertad por el 437, una libertad inmediata con presentaciones, pero sin embargo una vez que ya lo tenía yo listo para pasarlo a la Secretaría, entonces el doctor Narváez se retiró, entonces cuando yo se lo pasé al señor Secretario, seguí pensando en el caso y caí en cuenta que no podía conceder la libertad inmediatamente porque no se daban los presupuestos para ello, es decir por la premura que se tenía en ese momento, entonces yo le pedí al señor Secretario que me diera las hojas del auto que había hecho, porque no se podía resolver la situación de esa manera, y procedí a ordenar la retención provisional..." Agregó que posteriormente dictó auto de detención contra Román el que fue confirmado por el Tribunal que "el auto que se había hecho para la libertad, no alcanzó a ser firmado por el Secretario ni tampoco fue agregado al expediente, ni mucho menos notificado".

4º El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que el auto de sobreseimiento definitivo con que se amparó al doctor Almeida

Saaibi debe ser confirmado, pues aún en el supuesto de que llegare a considerarse que se dictó un auto disponiendo la libertad de un capturado, tal providencia no había sido comunicada a las partes, ni había producido efecto alguno, razón por la cual podía ser variada, modificada o eliminada por el funcionario. El juez sindicado hizo una nueva revisión de las pruebas y del proceso dispuso y la privación de la libertad del capturado, sin que de ello pueda desprenderse dolo o mala fe.

Considerandos:

De las pruebas que se dejaron relacionadas despréndese que el juez sindicado elaboró un proyecto de auto en el que disponía la libertad de un capturado el que, casi de inmediato, fue reemplazado por otro que disponía que la privación de la libertad se mantuviera, mientras se resolvía la situación jurídica del sindicado.

La conducta realizada por el juez Almeida Saaibi no representa violación de preceptos penales de ninguna especie, pues tal como se dejó indicado, se limitó a reemplazar un proyecto de auto por otro que consideró más adecuado en relación con la prueba que hasta ese momento había recaudado. En efecto, sólo de un proyecto de providencia se trató, pues el papel en que se redactó no se incorporó al expediente, ni fue suscrito por el secretario y, por consiguiente no fue notificado a ninguna de las partes.

El cambio de un proyecto de providencia por otro diferente no puede ser considerado como un atentado contra la fe pública, pues las decisiones judiciales deben ser el producto de una elaboración mental en la que juegan papel importante, de un lado, la prueba y el derecho y, de otro, la valoración que de ellos haga el juzgador. Esa valoración puede cambiar en la medida en que el funcionario se persuada de que otra debe ser la respuesta a un caso concreto, pues lo contrario sería tanto como obligar a los jueces a persistir en el error. De manera que un proyecto de decisión es algo que todavía no ha nacido a la vida jurídica y su eliminación, por lo tanto, no afecta ni el normal tráfico jurídico ni el valor probatorio de los documentos.

Con menor razón puede estimarse que el cambio de un proyecto afecte los derechos sustanciales de las partes, si se piensa que aún dictada la providencia el juez tiene la facultad legal de revocarla para sustituirla por la que estime más ajustada a la realidad jurídica y probatoria.

Un proyecto de providencia pasa a ser un auto una vez que ha sido firmado por el funcionario y su secretario e incorporado al respectivo proceso, aun cuando no haya sido notificado, pues no todas las decisiones deben sufrir este trámite. De manera que como en el caso presente ni se había firmado el proyecto por el secretario, ni se había incorporado al proceso, ninguna conducta punible puede ser atribuida al juez sindicado.

En estas condiciones la Sala hace propias las razones del juzgador de instancia, para concluir que los hechos atribuidos al doctor Almeida

Saaibi no representan infracción a la ley penal, y por lo tanto, el auto de sobreseimiento definitivo que se consulta deberá ser confirmado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal,

Resuelve:

Confirmar el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Sin fundamentación jurídica, la incompetencia declarada por funcionarios en conflicto, no tiene aptitud legal para articular o trabar la colisión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 33.

Vistos:

Corresponde decidir de plano la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Dieciseis Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto López (Meta) en el proceso seguido contra *José Antonio Sánchez Labrador, José Israel Ramírez Trujillo, Mauro Alberto Alvarado, Mauricio Valderrama y Luis Fernando Mojica,* por infracción al Decreto 1188 de 1974.

La colisión:

El Juzgado Dieciseis Penal Municipal de Bogotá funda su incompetencia de esta manera:

"...este Despacho ordena remitir las diligencias que hemos recibido del Juzgado Promiscuo Municipal de dicha población ya que es éste quien por separado debe seguir conociendo de la presunta infracción al Decreto 1188 de 1974..."

Por su parte el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto López responde:

"...este Despacho no es el competente para conocer de tal hecho punible, en razón a que no solamente debe investigarse el porte de la marihuana, sino la venta también; y se tiene conocimiento que ésta ocurrió en la ciudad de Bogotá..."

Se considera:

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal el juez que proponga *la colisión de oficio lo hará exponiéndole*

al otro juez "...los motivos..." que tiene para no conocer, y el que no la acepta *dará "...la razón..." de su renuencia.*

Significa lo anterior que los autos mediante los cuales se traba un conflicto de competencias tienen que ser motivados o razonados, deben, en consecuencia, contener los fundamentos de hecho y de derecho que los jueces o magistrados consideran determinantes de su imposibilidad funcional para conocer, o sea, la precisión de los factores objetivos *que descartan su competencia en el caso concreto.*

Sin fundamentación jurídica, la incompetencia declarada por funcionarios en conflicto, no tiene aptitud legal para articular o trabar la colisión.

En el asunto que se examina tal es la situación jurídica que se presenta. En tal virtud, procede la abstención.

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

1. *Abstenerse* de dirimir, por ahora, la pretendida colisión de competencias que se ha creído suscitada en este proceso.

2. *Remitir* el expediente al Juzgado Dieciseis Penal Municipal de Bogotá para que proceda de conformidad.

3. Dar aviso de esta decisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto López (Meta).

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

La ley no le otorga el carácter de plena prueba o completa, como lo establece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal: Es al juez a quien corresponde valorarla

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 33.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 20 de octubre de 1981 confirmó, sin modificaciones, la de 21 de julio del mismo año por la cual, entre otras ordenaciones, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad condenó, por infracción al Decreto 1188 de 1974, a *Ligia Correa de Caviedes* a la pena principal de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, a *Santiago Valderrama Fonseca* a tres (3) años y nueve (9) meses de prisión y a *Juan Pablo Jiménez Azuero y Hernando Lozada Jiménez*, cada uno a tres (3) años y dos (2) meses de prisión y a todos a las penas accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, ambas por un período igual al de la pena principal.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron el recurso de casación todos los defensores y los procesados Correa de Caviedes y Valderrama Fonseca, que fue oportuno y legalmente concedido y en ejercicio del cual sus apoderados presentaron las correspondientes demandas, estimadas formalmente ajustadas a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos y la actuación procesal aparecen ampliamente expuestos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a la realidad procesal:

"...Las autoridades de policía dieron cuenta el 3 de febrero de 1979 que el día anterior habían capturado a Hernando Lozada, Juan

Pablo Jiménez, Santiago Valderrama y a Ligia Correa de Caviedes, por los siguientes hechos: Que tuvieron información de un anónimo que en la casa de la calle 22 número 48B-56 de esta ciudad se iba a realizar una negociación de estupefacientes. Que la policía dispuso un plan y advirtió que en la fecha indicada llegaba a ese inmueble el automóvil de placas AJ-3259, tres hombres descendieron del vehículo y entraron a esa casa, demoraron unos quince a veinte minutos, abordaron el vehículo y muy cerca fueron interceptados por la autoridad. En el automotor hallaron un maletín con elementos y sustancias apropiadas para reconocer la cocaína, los que todavía se encontraban calientes por el uso que se acababa de hacer de ellos. Además hallaron 15.600 dólares y un revólver..."

"...La autoridad se dirigió luego a la casa antes indicada y allí encontró dos paquetes: El marcado con el número 1 que pesó 150 gramos y el correspondiente al número 2 con un peso de 100 gramos, de una sustancia que correspondía a cocaína. Además se hallaron elementos que, según la policía, están destinados a la elaboración de cocaína. De otra parte se decomisaron 2 revólveres..."

"...En cuanto al aspecto material de la infracción se puede afirmar lo siguiente...":

"...El mismo día, 2 de febrero de 1979, el oficial investigador que tomó parte en la operación acabada de describir sometió muestras de los dos paquetes '...a la acción del reactivo Tiocianato de Cobalto dando una coloración azul intensa que es propia de la cocaína...' (fl. 14)..."

"...Como en el acta acabada de citar aparece constancia que se tomaron muestras con destino al Instituto de Medicina Legal y al laboratorio criminalístico de la Policía Nacional, los resultados fueron los siguientes...":

"...El Instituto de Medicina Legal en dictamen del 14 de febrero de 1979 dio cuenta que una de las muestras contenía Xilocaína Clorhidrato y la otra Cocaína Clorhidrato en concentración de 69.875 (fl. 101)..."

"...El laboratorio criminalístico de la Policía Nacional en dictamen del 9 de febrero concluyó de esta manera: '...muestra número 1 = Clorhidrato de Xilocaína. Muestra número 2 = mezcla de Xilocaína y Clorhidrato de Cocaína' (fl. 184)..."

"...El funcionario de instrucción en auto del 14 de febrero de 1979 dispuso verificar la existencia de la sustancia decomisada por la policía y establecer sus características, peso, etc., tomar muestras y remitirlas al Instituto de Medicina Legal y al Departamento Administrativo de Seguridad (fl. 85). Esta diligencia se cumplió el mismo día y en ella se hizo constar que pequeñas cantidades tomadas de los dos paquetes decomisados fueron sometidas a la prueba de Narcotest con resultados positivos. Además, se tomaron muestras para ser enviadas al Instituto de Medicina Legal, al DAS y al laboratorio del F-2 'todas para su nuevo examen'. El resto del contenido de los paquetes fue destruido (fl. 86)..."

"...Por el Juzgado de Instrucción se enviaron las muestras (fls. 123, 124 y 125) y se obtuvieron estos resultados...":

"... El laboratorio criminalístico de la Policía Nacional informó que '...En la muestra número 1 se encontró mezcla de Cocaína Clorhidrato y Xilocaína. En la muestra número 2 se encontró Xilocaína...' (fls. 175 y 176)..."

"...El Departamento Administrativo de Seguridad en experticio del 27 de febrero de 1979 concluyó así...":

"...'La muestra uno (1) contiene Clorhidrato de Cocaína en mezcla con Clorhidrato de Xilocaína'..."

"...'La muestra dos (2) es Clorhidrato de Xilocaína. *Uso:* anestésico local' (fl. 191)..."

"...Por último, el Instituto de Medicina Legal en dictamen del 27 de marzo de 1979 informó al Juzgado 94 de Instrucción Criminal que el examen de las muestras de las dos bolsas había determinado estos resultados: 'No se encontró Cocaína se encontró Xilocaína' (fl. 246)..."

"...Se recibió declaración jurada al Teniente de la Policía Nacional Luis G. Enciso, al Cabo Daniel Alejandro Ladino y al Agente Angel Alberto Ramírez, quienes dieron cuenta del desarrollo de la operación que realizaron y que dio con la captura de los 4 condenados y el decomiso de los elementos de que se ha dado cuenta en los párrafos inmediatamente anteriores..."

"...Los acusados al rendir indagatoria manifestaron lo siguiente...":

"...El señor Hernando Lozada explicó que el 2 de febrero de 1979 había llegado al medio día de Garzón y cuando se encontraba en los alrededores del diario 'El Tiempo', pasó su amigo Santiago Valderrama, quien lo invitó a acompañarlo a vender unos dólares. Montó al vehículo que conducía Valderrama, en el parque de Santander recogieron a un señor y se dirigieron al barrio Quinta Paredes a cumplir una cita con quien pretendía comprar los dólares. El señor que recogieron, los relacionó con uno de nombre Juan, quien también montó al vehículo. Como no llegaron a un acuerdo en cuanto al precio, el señor Juan decidió tomar un taxi y al dirigirse a la avenida 26 fueron interceptados por la policía. Agregó que no puede dar cuenta del maletín que se halló en el puesto de atrás, porque él viajaba con Valderrama en el puesto de adelante (fls. 77 y ss.)..."

"...El señor Juan Pablo Jiménez dijo ser comerciante en joyas y relojes y explicó que un muchacho de nombre Jorge le había informado que alguien vendía dólares, y convino una entrevista en una cafetería cercana a la Feria de Exposición. Allí llegó después de las dos de la tarde, Jorge le presentó a dos señores que iban en un automóvil y siguió con ellos en el vehículo pues él solicitó a su amigo Jorge llevara su automotor al centro de la ciudad. Cuando estaban negociando los dólares, acertaron a pasar por la casa de una señora conocida de él y quien posiblemente le prestaría dinero para el negocio que pretendía realizar ese día. Se trataba de la señora Ligia de Caviedes.

Al final de la diligencia explicó que había estado en la casa de esta persona para pagarle $ 25.000 por concepto de intereses (fls. 69 y ss.)..."

"...El señor Santiago Valderrama dueño y conductor del vehículo hizo saber en su indagatoria que pensaba comprar al señor José Muñoz un apartamento que le tenía arrendado y que ofreció al propietario del inmueble 10.000 dólares como cuota inicial, dinero recaudado por él en propinas, comisiones y honorarios. El señor Muñoz prefirió recibir pesos colombianos y se citaron para el día siguiente en las horas de la tarde. Que a este efecto llamó al señor Jorge Díaz y éste le manifestó que una persona estaba interesada en adquirir los dólares. Recogió a Díaz en el parque de Santander y con su amigo Hernando Lozada siguieron a una cafetería del barrio Quinta Paredes. Como no lograron acuerdo con el presunto comprador, éste le pidió el favor de dejarlo cerca a la avenida 26 para tomar un taxi. Fueron interceptados por la policía y los agentes encontraron un maletín en el puesto de atrás del automóvil, el que seguramente pertenecía a Jorge Díaz. Agregó que le decomisaron 15.600 dólares que tenía destinados para el apartamento, un revólver que no era de su propiedad como tampoco el maletín a que ya se hizo mención (fls. 73 y ss.)..."

"...La señora Ligia Correa de Caviedes habitante de la casa de la calle 22 número 43B-56 de esta ciudad, manifestó que el viernes 2 de febrero de 1979 irrumpieron en su casa agentes de la Policía, quienes con armas intimidaron a su familia y a ella y le decomisaron una prensa, un gato de automóvil, diversos elementos y $ 25.000 que acababa de recibir ese día. Agregó que tenía amistad con el señor Juan Pablo Jiménez a quien le prestaba dinero y precisamente ese día le había pagado intereses. Negó conocer a Santiago Valderrama y a Hernando Lozano Jiménez (sic). Por último, afirmó que el 'polvo blanco' hallado en su residencia era '...una cosa que me dieron para lavarme la boca, que me lo había dado el odontólogo' (fls. 65 y ss.)..."

"...El señor José Muñoz informó que tenía arrendado un apartamento de su propiedad a la señora Stella Arias, compañera de Santiago Valderrama, y que este individuo en dos ocasiones lo llamó por teléfono con el fin de proponerle la compra del inmueble y le puso una cita para llegar a un acuerdo. Agregó que Valderrama no cumplió y al otro día se enteró por la prensa que había sido detenido. En definitiva sostuvo el testigo que ninguna operación celebraron con Valderrama para la adquisición del apartamento y que éste le informó 'que estaba recibiendo unos dólares de su familia' (fl. 201)..."

"...El Juzgado 94 de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra los acusados Jiménez y Valderrama y Correa de Caviedes, y dejó en libertad a Hernando Lozada, propuesta la revocatoria de esa providencia, a ella accedió el Juzgado 27 de Instrucción Criminal en relación con Jiménez y Valderrama, manteniendo la medida respecto de la señora Ligia Correa de Caviedes..."

"...Por auto del 6 de abril de 1979 el Juzgado 27 de Instrucción Criminal concedió a la acusada la suspensión de la detención por grave enfermedad..."

"...La investigación se clausuró por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá y este despacho en proveído del 12 de noviembre de 1979 comprometió en juicio por el delito de tráfico de estupefacientes a los acusados Martha Ligia Correa de Caviedes, Juan Pablo Jiménez, Santiago Valderrama y Hernando Lozada..."

"...El Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 18 de octubre de 1980 confirmó en todas sus partes el auto de enjuiciamiento..."

"...A la audiencia pública no concurrió ninguno de los acusados y todos estuvieron representados por sus defensores de oficio..."

"...Como ya se expuso, el juzgado de primer grado dictó sentencia condenatoria contra los cuatro acusados el 21 de julio de 1981, que confirmó el Tribunal Superior de este Distrito Judicial (fls. 82 a 88)..."

II. Los apoderados de los recurrentes Hernando Lozada Jiménez, Juan Pablo Jiménez Azuero y Santiago Valderrama Fonseca han impugnado la sentencia con base en las siguientes consideraciones, contenidas en sus respectivas demandas:

1. Demanda a nombre del recurrente Hernando Lozada Jiménez.

Al amparo de la causal 1ª, por estimar que la sentencia quebranta el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, que fue aplicado indebidamente, el recurrente formula tres (3) cargos:

"...*Primer cargo.* El cuerpo del delito no quedó demostrado porque los varios dictámenes periciales que se produjeron durante el sumario llegaron a conclusiones contradictorias..."

"....."

"...*Segundo cargo.* La sentencia acusada se dictó sin que al proceso se hubiera traído la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio..."

"....."

"...*Tercer cargo.* La sentencia acusada condenó a Hernando Lozada Jiménez sin que el proceso hubiera recaudado prueba alguna sobre la responsabilidad de la infracción por la cual se llamó a juicio, con lo cual se violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974..."

El recurrente, luego de desarrollar cada uno de los ataques que formula a la sentencia en los tres cargos anteriores, resume y concluye su alegato en los siguientes términos:

"...Los tres cargos formulados se fundan en sendos errores de hecho en que incurrió el fallador al apreciar las pruebas, por cuyo motivo se violaron las varias normas procesales que han quedado citadas, y algunas otras más, como lo son: El artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto tuvo como probado el cuerpo del delito, no obstante que los varios dictámenes periciales aportaron conclusiones contradictorias, por lo cual debieron ser desechados en

su totalidad, tal como lo ordena el artículo 278 *ibídem*; el artículo 334 siguiente señala como objeto de la investigación averiguar 'si realmente se ha infringido la ley penal', para lo cual 'el funcionario de instrucción deberá practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del proceso', pero el sumario no produjo pruebas sobre la existencia del cuerpo del delito; tampoco, se averiguó 'quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción', que es otro de los objetos de la investigación, según el mencionado artículo 334, sino que se echó mano de informaciones anónimas que se referían a que en la casa de habitación de Ligia de Caviedes se iría a efectuar alguna negociación sobre cocaína, y como a dicho lugar llegó Juan Pablo Jiménez Azuero a pagarle unos intereses a Ligia de Caviedes, los policías no solamente lo capturaron a él sino a sus compañeros Valderrama y Lozada porque imaginaron que ellos concurrieron a la casa de Ligia de Caviedes a negociar cocaína, no se sabe si como compradores o vendedores, porque la fantasía de los policías dejó ese aspecto sin concretar..."

"...Para los efectos de la impugnación, los artículos procesales de que se ha hecho mención son suficientes, porque fueron la vía que transitó el sentenciador, violándolos, para violar una ley sustancial, en forma indirecta, como lo es el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, por haberlo aplicado indebidamente, en razón de lo cual la sentencia fue condenatoria en vez de ser absolutoria. Si se continuara examinando las normas procesales infringidas por la sentencia acusada, resultaría una extensa lista, innecesaria para fundar la acusación..."

"...Como la causal de casación invocada es la primera que describe el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en su cuerpo segundo, como violación indirecta, solicito que sea casada la sentencia de 20 de octubre de 1981 proferida por la Sala Penal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual fue confirmada la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 1981 que condenó a Hernando Lozada Jiménez a la pena principal de tres años y dos meses de prisión como autor responsable de violación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, y que la honorable Sala de Casación Penal, asumiendo el papel de Tribunal de instancia, dicte sentencia mediante la cual absuelva a Hernando Lozada Jiménez, tanto por no estar comprobado el cuerpo del delito como porque dicho procesado no cometió la infracción que se le imputa, de donde se deduce que no es responsable de ella (art. 583, numeral primero, del C. de P. P.)..."

2. Demanda a nombre del recurrente Juan Pablo Jiménez Azuero.

También al amparo de la causal 1ª, por violación indirecta de la ley, que el Tribunal aplicó indebidamente como consecuencia de errores de derecho en la valoración probatoria y de yerros evidentes de hecho, el recurrente formula, por dos aspectos, un único cargo contra la sentencia:

a) Errores de derecho:

"...El Tribunal *ad quem* condenó a Jiménez Azuero, Lozada Jiménez y a Valderrama Fonseca, porque *sí estuvieron en condiciones*

de adquirir cocaína (fueron donde la había, llevando con qué examinarla y pagarla) y se *justificaron torpemente*, el primero, y, *falsamente* los demás, *sin dudas* tuvieron que haberla *adquirido*..."

"....."

"...Aspiro que no venga ahora la Sala con el argumento erróneo de desechar el cargo, alegando soberanía de la instancia en la apreciación de la prueba indiciaria que hace imposible el control de su valoración en casación. Porque la ley (que) consagra el recurso no ha exceptuado del remedio extraordinario aquellos fallos que se fundamentan en este medio de convicción ni puede erigirse el engendro para mantener fallos que desconocen la ley, que atropellan la lógica más elemental; que repugnan con el sentido común y tienen como fundamento tan sólo la pasión y la imaginación de los juzgadores de segunda instancia, ajenas una y otra a la necesaria objetividad y cumplimiento de las reglas que informan la ciencia de la crítica probatoria. Solicito más bien que reitere la plausible doctrina contenida en las sentencias del siete de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y uno en que, con ponencia del ilustre Magistrado Angel Martín Vásquez Abad, volvió ripios los argumentos indiciarios de los fallos recurridos y los casó por ilegales e injustos..."

b) Errores de hecho:

"...Erró el Tribunal *ad quem* al dar por no establecidos, a pesar de encontrarse plenamente comprobados, estos dos hechos...":

"...1º Que en la casa de la señora Ligia Correa de Caviedes, donde supone fueron los demás procesados con dólares a adquirir cocaína, *no encontraron dólares*, y

"...2º Que en el vehículo en que se desplazaban, después de haber salido de la casa de la Correa Caviedes, donde afirma que adquirieron cocaína, *tampoco encontraron cocaína*..."

"....."

"...Al sujeto de la acción penal colombiana, procesado por cualquier delito, se le tiene que presumir inocente mientras no se demuestre lo contrario con arreglo a la ley (Ley 74 de 1968, art. 1º, en cuanto aprobó el art. 142 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de las Naciones Unidas) y la *plena prueba* que importa dicha presunción no puede destruirse válidamente sino con otra *plena prueba*..."

"...*Y si en la contraposición de las pruebas*, de la plena prueba que surge de la presunción de inocencia *con las demás pruebas analizadas en conjunto, unas con otras y por otras, surgen circunstancias infirmantes, nace, cuando menos la duda, precisa de resolver siempre en favor y nunca en contra del procesado. Porque mientras contra éste sólo prueban los medios que convencen* plenamente *de acuerdo, repito, con la ley, en su favor es prueba suficiente la sola duda, cualesquiera que sea su entidad o grado, ya que la* absolución del procesado no reclama más..."

"...Los yerros de hecho alegados y cuya evidencia pone de presente la sola lectura de las piezas del proceso reseñadas, al igual que los de derecho comprobados, llevaron al Tribunal a violar en la sentencia recurrida los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, 38 del Decreto 1188 de 1974 y los artículos 61, 66 y 41 del Código Penal, todo lo cual impone su casación..."

3. Demanda a nombre del recurrente Santiago Valderrama Fonseca.

Finalmente, también al amparo de la causal 1ª, y concretamente por violación indirecta de la ley sustancial, el recurrente formula dos cargos a la sentencia, el primero por error manifiesto de hecho por mala apreciación de unas pruebas y el segundo, también por error manifiesto de hecho, por falta de apreciación de las relativas a los descargos presentados por el recurrente, con los cuales éste explicó suficientemente su comportamiento frente a las imputaciones que le fueron hechas:

Primer cargo:

"...El error manifiesto de hecho en el presente caso ocurrió cuando el Tribunal en la sentencia impugnada, distorsionó, falseó, o mixtificó el sentido de las pruebas representadas en los informes de las diversas autoridades del F-2 de la Policía Nacional que 'montaron el operativo' en la casa de la señora Ligia Correa de Caviedes, y sus alrededores, para tratar de sorprender *in flagranti* delito, a unas personas, que según *informes anónimos*, irían a realizar allí operaciones sobre narcóticos..."

"...El error manifiesto de hecho alegado consiste, como se verá inmediatamente en que el Tribunal falseó totalmente el sentido y el alcance de estas pruebas para fundar en ellas la plena comprobación del elemento material del ilícito imputado —conducta típica y resultado o evento de la misma— siendo que si el fallador hubiera dado el verdadero alcance y sentido de los informes del F-2 habría tenido que absolver a mi patrocinado..."

"....."

Segundo cargo:

"...El no haber tomado en consideración el Tribunal en la sentencia impugnada, las pruebas de descargo que se han dejado relacionadas, erró de modo manifiesto al dar por demostrado que los dólares americanos que le fueron decomisados a Santiago Valderrama eran producto o precio de una operación relacionada con el tráfico de estupefacientes, cuando con las pruebas que no se tomaron en cuenta, se está diciendo que el mismo Santiago Valderrama, por una parte, con alguna regularidad, negociaba en ese tipo de operaciones y moneda, y por otra, los dólares los poseía *mucho antes* de que fuera capturado por los funcionarios de Policía del F-2 en el operativo que se montó en la casa de Ligia Correa de Caviedes..."

"...De otra parte, se demuestra también, con las pruebas que el fallo *ignoró en forma ostensible*, que el señor Jorge Díaz Rengifo si

existió y tal como lo expresa en su indagatoria Santiago Valderrama, era el intermediario para el cambio del dinero americano..."

"...Erró el Tribunal al dar por probado el hecho de que en poder de Santiago Valderrama Fonseca se hubiera encontrado una suma crecida de dólares, cuando supone que esos dólares fueron el producto de la venta de estupefacientes, si por una parte, no encontró cocaína en el automóvil de Valderrama, ni tampoco dólares en la casa de la Caviedes..."

"...Si el Tribunal hubiera tomado en cuenta las pruebas que en forma evidente ignoró, relativas a las explicaciones que el procesado Valderrama Fonseca ofreció sobre el origen del dinero, del famoso maletín negro y el revólver, la decisión del Tribunal no habría podido ser sino absolutoria, por lo menos porque con las pruebas que no tuvo en cuenta, se habría llegado a la configuración de una duda razonable que obligaba un fallo en tal sentido..."

"...Por tanto estos yerros comprobados llevaron al Tribunal a condenar a Santiago Valderrama Fonseca por violación dolosa del 'Estatuto Nacional de Estupefacientes', dándole aplicación indebida a los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, 61, 66 y 41 del Código Penal, 38 del Decreto 1188 de 1974 y por tanto a su violación indirecta que reclama la invalidación de la sentencia recurrida..."

"...Que el fallador de segundo grado no hubiera distorsionado unas pruebas e ignorado otras, tal como ha quedado expuesto, necesariamente habría absuelto a Santiago Valderrama Fonseca de los cargos imputados en el auto de proceder..."

"...Los errores demostrados son, pues, evidentes y trascendentes..."

III. Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal ha contestado las demandas oponiéndose a las pretensiones de los actores, en relación con las presentadas a nombre de los recurrentes Hernando Lozada Jiménez y Juan Pablo Jiménez Azuero, por encontrar que en ellas aparecen errores de técnica manifiestos en la formulación de los cargos, que por ello deben rechazarse y respecto de la formulada a nombre de Santiago Valderrama Fonseca, por estimar que la impugnación se apoya, apenas, en algunos de los aspectos probatorios menos relievantes del proceso, sin demeritar las pruebas sustanciales consideradas en la sentencia de condena, por lo que los dos cargos que formula contra ésta no pueden prosperar.

a) Demandas de Hernando Lozada y de Juan Pablo Jiménez:

Respecto de estas demandas, dice el Ministerio Público:

En cuanto a la formulada a nombre de Hernando Lozada:

"...Es cierto que el demandante en casación en el capítulo denominado 'consideraciones generales' afirma que se trata de 'errores de hecho' pero en manera alguna explica en qué consistieron dichos ye-

rros, esto es, porque se ignoraron en forma absoluta algunas pruebas, o porque se tergiversaron o mixtificaron o porque se negó su existencia material o jurídica o, finalmente, porque se dieron por existentes a pesar de no obrar en el proceso..." (fl. 96).

Y respecto de la formulada a nombre de Juan Pablo Jiménez, agrega:

"...En el capítulo dedicado a los errores de derecho, el demandante presenta una serie de acontecimientos y concluye que no se trata de cinco indicios, como se afirma en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, sino uno solo que corresponde a 'las condiciones para delinquir, para adquirir cocaína...' Pero a renglón seguido el demandante hace alusión a otro elemento de juicio de esta naturaleza como es el de la 'falsa o torpe justificación'..."

"...Como es sabido, fuera del indicio necesario la ley defiere en el juzgador la estimación de los demás indicios y por tanto este medio de prueba no es susceptible de error de derecho porque no existe término de comparación entre la estimación que el legislador le otorga y el que le da el juzgador de instancia. Por lo demás, no se demuestra la infracción de las normas de derecho sustantivo pues el demandante se limita a citar los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, 38 del Decreto 1188 de 1974 y 61, 66 y 41 del Código Penal..." (fl. 97).

En suma, el Ministerio Público recuerda, respecto de ambas demandas, que:

"...no es suficiente invocar la causal primera de casación y aún precisar que se trata de la violación indirecta de disposiciones de carácter sustantivo pues es absolutamente indispensable demostrar la infracción de la norma medio así como la de la norma fin. Y en cuanto a la primera, como es sabido, se debe probar que se trata de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos..."

"...Como en los libelos de casación que se vienen comentando no se tuvo en cuenta la técnica a que ya varias veces se ha hecho referencia, el Ministerio Público es de concepto que se deben rechazar por este motivo..." (f. 99).

Las demandas presentadas a nombre de los recurrentes Lozada Jiménez y Jiménez Azuero, en efecto, no obstante los graves errores de técnica que advierte el Ministerio Público en la formulación de los cargos, de suyo suficientes para desestimarlos, no contienen, tampoco, consideraciones críticas suficientes para demeritar o desvirtuar los razonamientos consignados en el fallo de condena, ni aún de haber sido debidamente presentada la impugnación.

No puede afirmarse, en efecto, que la elaboración de dos o más dictámenes periciales contradictorios o cuyas conclusiones no sean absolutamente concordantes, deba llevar al juzgador a desecharlos todos en su integridad, pues la ley no otorga a la pericial, por sí misma, el carácter de prueba plena o completa, de modo que, como lo establece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, es al juez a quien corresponde valorarla para acogerla o rechazarla, parcial o totalmente, pudiendo, en consecuencia, desestimar todas aquellas que

conforme las demás pruebas del expediente no resulten atendibles, ya se trate de aspectos contradictorios de una misma pericia o de contrariedad entre dos o más de ellas.

Frente a los varios dictámenes rendidos en este asunto, confrontados unos con otros y con las demás actuaciones procesales, no puede menos de concluirse que, indiscutiblemente, una de las muestras sometidas a examen de laboratorio contenía cocaína y que, por tanto, bien por confusión en los números distintivos de cada una de ellas, o por adulteración o envío equivocado a medicina legal de dos muestras iguales de una de las sustancias —la que sólo contenía xilocaína—, o por cualesquiera otras razones, el resultado de esta última pericia no puede hacerse prevalecer sobre la de las anteriores.

Tampoco puede afirmarse que en todo proceso penal deban darse los presupuestos que sólo de manera general y en cuanto se presenten en cada asunto en particular, indica como objeto de investigación el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal; ni es cierto, tampoco, que la sentencia impugnada se base en informes confidenciales o anónimos, sino, lo que es totalmente diferente, en las pruebas obtenidas gracias a tales informaciones previas, la existencia procesal y el valor legal de las cuales no puede ser desconocido.

No hay duda procesal alguna, además, respecto de que la conducta típica que se imputó y por la cual fueron condenados los procesados es la específica de tráfico o compraventa de estupefacientes, como se advierte lógicamente de las pruebas analizadas en la sentencia, particularmente las relativas a la existencia de la cocaína materia de la negociación, al hallazgo de los instrumentos utilizados para comprobar su naturaleza o su calidad y al dinero en moneda extranjera hallado en poder de los negociadores.

Tampoco, finalmente, puede negarse valor a los informes de los agentes de la Unidad de Estupefacientes cuando dan testimonio de hechos sujetos a los sentidos o de común conocimiento, como cuando se refieren a los elementos materiales empleados para probar la calidad de las drogas o al calor que aún mantenían al momento de ser decomisados, porque, como lo señalan aún los propios impugnadores, la prueba pericial sólo se necesita y debe decretarse cuando "la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos" y, también, cuando "haya que traducir documentos a la lengua castellana y cuando se deba practicar un contejo de letras".

Antitécnicamente formulados y carentes aún de fundamento jurídico atendible, los cargos deben desecharse.

b) Demanda de Santiago Valderrama Fonseca:

La demanda presentada a nombre del procesado Valderrama Fonseca, no obstante hallarse bien desarrollados los cargos, adolece, sin embargo, de ostensible insuficiencia en el ataque a la sentencia, circunscribiéndose la impugnación a aspectos puramente circunstan-

ciales del asunto y dejando incólumes, por tanto, pruebas fundamentales consideradas para la condena.

a) Primer cargo:

En el primero de los cargos que la demanda dirige a la sentencia impugnada, la fuerza del ataque se concentra en los "informes anónimos" que condujeron al hallazgo de la droga, de los implementos para su examen y de los miles de dólares en poder de los traficantes y en el verdadero significado de las expresiones utilizadas en la redacción de los informes rendidos por los funcionarios y, luego, en sus ratificaciones, de todo lo cual la demanda concluye que, según tales consideraciones, "hubo yerro evidente de hecho en la apreciación de la prueba", que se valoró subjetiva y, por tanto, caprichosamente por el Tribunal:

"...Los informes de las autoridades del F-2 de la Policía, en forma absolutamente clara, que no da lugar a interpretaciones acomodaticias, se refiere específicamente a que Santiago Valderrama cuando conducía su automóvil en dirección a la casa de la Caviedes, *'pretendía(n) llevar a efecto'* una negociación sobre drogas. Es decir, apenas iba a realizar las operaciones, pero jamás han dicho que existió la demostración plena de que en *realidad* y en la práctica, hubiere realizado negocios de cocaína que según el F-2 *pretendían*. La demostración palmaria de semejante aserto es la de que en poder de Santiago Valderrama Fonseca, *no se encontró droga* de ninguna naturaleza. Entonces, cómo se podrá afirmar que la introdujo, que la sacó, que la transportó, que la llevó consigo, que la almacenó, que la conservó, que la elaboró, que la vendió, que la ofreció, que la adquirió o que, finalmente suministró, como lo quiere y lo manda el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, para que se configure el ilícito penal..."

"...Si para poder adecuar, y en consecuencia, hacer que la conducta tenida por Santiago Valderrama en el caso de autos, corresponda a cualquiera de los verbos definidores de la conducta, como lo hace la sentencia impugnada, es necesario mixtificar la prueba, es indispensable falsear su sentido, es irremediable cambiarle su significado y sus alcances, todo lo cual conduce necesariamente a engendrar el error manifiesto de hecho, que es, repito, el vicio de que adolece el fallo censurado..."

"...El hecho de haber encontrado en poder de Valderrama Fonseca, dentro de un maletín negro algunos elementos aptos para el pesaje y la comprobación de drogas, no es conducta tipificada en la ley penal, y que sea por tanto, capaz de engendrar responsabilidad penal, precisamente porque no es constitutiva de delito..."

"...Igual razonamiento debe hacerse con relación a los dólares que fueron hallados en poder de Valderrama Fonseca, sobre lo cual gira también la imputación penal. No existe en el proceso la prueba de que ese dinero en moneda americana hubiera sido el *producto* o el *precio* de una operación de drogas y menos de la que se halló en casa de Ligia Correa de Caviedes. Por lo que, si el fallo así lo afirma, ello indica que quien así razona, distorsiona o falsea el alcance y sentido de la prueba e irremediablemente incurre en el vicio del

razonamiento que engendra el error de hecho que ha sido elevado por la ley como causal capaz de invalidar el fallo..."

"...Por consiguiente, hubo yerro evidente de hecho en la apreciación de los informes emitidos por las autoridades de la Policía Nacional (F-2) relativos a la actividad desarrollada por Santiago Valderrama Fonseca y sus compañeros con relación a la droga que fue hallada en casa de Ligia Correa de Caviedes..."

"...Tales yerros llevaron al Tribunal *ad quem* a condenar a Santiago Valderrama Fonseca por la infracción al 'Estatuto Nacional de Estupefacientes', dándole aplicación indebida a los artículos 215 del Código Penal y 38 del Decreto 1188 de 1974 por tanto a su violación indirecta, lo que reclama la invalidación de la sentencia recurrida. Que si el fallador de segundo grado no hubiera distorsionado las pruebas que se dejaron relacionadas, necesariamente habría absuelto al señor Santiago Valderrama Fonseca de los cargos imputados en el auto de proceder..." (fs. 70 y 71).

Como ya lo ha dejado dicho la Corte, no puede negarse, sin embargo, que en la residencia de la señora Ligia Correa de Cavides fue encontrada una determinada cantidad de clorhidrato de cocaína, que en poder de Valderrama Fonseca se halló una apreciable cantidad de dólares, que éste tenía consigo implementos adecuados, comúnmente utilizados para probar la calidad de esa droga y que, en fin, todos estos hechos, concordantes entre sí y plenamente demostrados, se produjeron en forma casi simultánea, esto es, luego de entrar y de salir los procesados, entre ellos Valderrama Fonseca, de la residencia donde fue localizada la sustancia estupefaciente.

Estos hechos, que son los fundamentales materia del proceso y con base en cuyo reconocimiento se dictó la sentencia de condena no se desvirtúan, en modo alguno, porque su prueba se haya obtenido mediante informes confidenciales de personas procesalmente desconocidas, o porque con base en ellos los funcionarios policivos hubiesen montado un operativo para tratar de sorprender a los procesados, de ser ciertos tales informes, en el momento de cometer el delito o luego de haberlo perpetrado, ni se demeritan, tampoco, por las consideraciones personales, equivocadas o no, expuestas por los agentes que intervinieron en la operación en sus informes o en las declaraciones juradas de ratificación de estos, porque, aparte de tales imprecisiones o juicios equivocados, los hechos materiales u objetivos de que por esos medios y por otros probatorios da cuenta inequívoca la investigación y el juicio, permanecen incólumes, con toda su fuerza y poder de convicción.

Por este aspecto, no prospera el cargo.

b) Segundo cargo:

En el último de los cargos que la demanda dirige a la sentencia impugnada, se le ataca por falta de apreciación de las pruebas existentes en el proceso a virtud de las cuales, según el recurrente, el procesado Valderrama Fonseca explicó ampliamente su conducta tanto en relación con su presencia en casa de la señora Correa de Caviedes, como

respecto de la posesión de los miles de dólares que fueron hallados en su poder al abandonarla.

Sin embargo, como bien lo advierte el Ministerio Público, las explicaciones de Valderrama Fonseca no tuvieron, de una parte, suficiente comprobación procesal y, de otra, no fue el hallazgo en su poder de los dólares la única prueba en la que se apoya la condena:

"...En primer lugar es preciso destacar que la versión suministrada por este acusado no encontró plena comprobación en el proceso. Mientras Valderrama en su indagatoria aseguró que a don José Muñoz ofreció la víspera de la captura diez mil dólares como cuota inicial para la adquisición del inmueble y que su propietario le pidió cambiar en pesos colombianos (fl. 74), este último al rendir declaración sostuvo que convinieron por teléfono con el acusado una cita el viernes 2 de febrero de 1979 a las seis y media de la tarde y, '...en esa conversación telefónica hablamos que él llegaría a las seis y media y me haría la oferta de la compra del apartamento y que llevaría algún dinero para la negociación del apartamento... él me dijo que estaba recibiendo unos dólares de su familia, no más. Que iba a ver si cambiaba a pesos colombianos porque yo negoceo es en pesos colombianos dentro del país...' (fl. 201 vto.). Agregó el testigo que no hubo ofrecimiento de cuota inicial por parte de Santiago Valderrama, por la muy sencilla razón de que ni siquiera habían iniciado las negociaciones..."

"...En segundo lugar, la prueba de cargo contra el acusado Santiago Valderrama no procede en forma exclusiva de la posesión de los US$ 15.600, pues hay otros elementos de convicción en el proceso que lo comprometen seriamente. Nos referimos al hallazgo en el vehículo de su propiedad de elementos y sustancias destinados a manejar o probar cocaína, su presencia en la casa de la señora de Caviedes —que él calla pero que los representantes de la autoridad revelan—, el mismo origen de la moneda extranjera de la que era poseedor, a más de su compañía con otras personas y en circunstancias que no encontraron en el informativo clara comprobación..." (fls. 104 a 105).

En suma, como acertadamente lo indica el Ministerio Público, "los fundamentos de la acusación subsisten en toda su seriedad y gravedad".

No prospera, por ello, este 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 ley, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *no casa* la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º DERECHO DE DEFENSA

Como pilar fundamental de la noción del debido proceso, se conculca, en cualquier etapa procesal

2º COMPLICE NECESARIO

En el nuevo Código Penal la complicidad quedó subsumida dentro del artículo 24, esto es, que el llamado cómplice necesario ha de considerarse como autor

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 35.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación propuesto y sustentado en tiempo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio del 26 de septiembre de 1981 mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad el 14 de mayo anterior que impuso a *Leonardo Ferreira* la pena principal de 15 años de prisión y las accesorias de rigor como coautor responsable del delito de homicidio (agravado) en la persona de José Aldemar Cardozo Hernández.

Hechos:

Quedaron resumidos por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, así:

"...En la finca denominada Altagracia, situada en la vereda Rincón del Indio en jurisdicción del Municipio de Puerto Lleras (Meta), en una tarde de los días comprendidos entre el 16 y el 20 de septiembre de 1976 se encontraban Fernando Maragua Ramírez, Leonardo Ferreira, José Ismael Osotio, Estanislao Portes y Aldemar Cardozo Hernández.

Como se suscitara una discusión entre Ferreira y Cardozo, de un momento a otro intervino Maragua quien asestó un fuerte puñetazo en el rostro de Cardozo derribándolo y manteniéndolo dominado contra el suelo con una rodilla sobre su estómago solicitó le suministraran un arma para matarlo, fue así, como en forma inmediata Leonardo

Ferreira le alcanzó un cuchillo que se encontraba cerca a Estanislao Portes, con el cual Maragua propinó tres puñaladas en el pecho a Aldemar Cardozo quien se hallaba inerme, causándole la muerte inmediata.

El cadáver fue enterrado por todos los presentes en un lugar aledaño a la casa donde se encontraban..."

La demanda:

Para pedir la infirmación del fallo el recurrente propone las causales primera, segunda y cuarta de casación (art. 580-1-2-4 del C. de P. P.).

Causal primera.

Sostiene al amparo de esta causal tres cargos por violación directa de la ley sustancial, esto es, de los artículos 2, 23, 24 y 323 del actual Código Penal. Los propone de la siguiente manera:

1. Interpretación errónea. Con fundamento en que Leonardo Ferreira fue llamado a juicio como cómplice necesario del homicidio en Aldemar Cardozo, para ser, no obstante, condenado como coautor por el artículo 23 del mismo Código Penal, aduce que esta norma fue mal interpretada porque ella sólo denomina autores a quienes realizan el hecho punible y a quienes determinan a otro a realizarlo pero no a quienes, como el cómplice necesario, sólo contribuyen a ayudar a su realización.

Que este desenfoque se debe a la interpretación dada por el Presidente de la Comisión Asesora cuando expresó que los cómplices necesarios al prestar al autor una ayuda o colaboración sin la cual el delito no habría podido cometerse "...realizan una fracción del hecho punible y son por tanto coautores puesto que tomaron parte en la fase ejecutiva del delito..."

Para refutar este argumento, aduce:

"...Si el legislador hubiera querido comprender a esta última clase de coautores no habría dicho solamente 'el que realice el hecho punible', sino que habría agregado o tome parte en la ejecución del mismo, pero el legislador no lo dijo y al intérprete no es dado hacerlo, mucho menos en derecho penal, perjudicando los intereses del procesado..."

2. Aplicación indebida. Con los mismos presupuestos procesales anteriores y con la misma afirmación de que el artículo 23 del mismo estatuto punitivo fue erróneamente entendido alega que se violó la ley sustancial de manera directa, por aplicación indebida, pues "...se le dio una interpretación extensiva y a lo que se llama legalmente autoría ya sea por realización del hecho punible o por determinar a otro a realizarlo, se le quiere llamar complicidad necesaria..."

Y, agrega, para rematar esos planteamientos:

"...Si aplica la norma que regula la responsabilidad de los autores, esa aplicación es indebida y por ser más gravosa la pena, está realmente perjudicando los intereses del procesado.

Los efectos jurídicos abstractos consagrados en la norma (art. 23, C. P.) regulante de la responsabilidad de un cómplice necesario, para nuestro caso concreto.

La aplicación indebida del mencionado artículo 23 es inobjetable porque regula la responsabilidad de los autores del hecho punible y no de los cómplices, pues esta responsabilidad la regula el artículo 24 del Código Penal, única norma aplicable..."

3. Falta de aplicación. Sostiene que hubo exclusión evidente del artículo 24 del actual Código Penal por cuanto era la norma aplicable para determinar el grado de responsabilidad y la dosificación de la pena.

Para fundamentar este cargo, precisa:

"...A Leonardo Ferreira se le llamó a juicio y así se le propuso el cuestionario al jurado de conciencia como de responsabilidad por complicidad necesaria.

El actual Código Penal, vigente para la época en la cual se dictó la sentencia impugnada subsumió o unificó las dos clases de responsabilidad, pues en el artículo 24, norma que se excluyó en forma evidente, habla de cómplices y dice que lo es el que contribuya a la realización del hecho punible, sin hacer distinciones sobre el grado o la intensidad de la contribución, pues deja la puerta abierta para que el juez de derecho la dosifique entre la sexta parte y la mitad de la que corresponde a la infracción de que se trata.

Es decir que la pena a imponer a Leonardo Ferreira no sería de 15 años de prisión como lo fue en la sentencia acusada, sino que la pena sería dosificada entre la mitad y la sexta parte de esos quince años.

El fallador de segunda instancia violó la norma por exclusión indebida y perjudicó los intereses de mi patrocinado por cuanto le hizo más gravosa la sanción, de lo que en realidad le corresponde *secundum ius*..."

Causal segunda.

Asevera que la sentencia objeto de impugnación se dictó "...sin consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder..."

Al respecto arguye:

"...en el auto de proceder se le hace el pliego de cargos al procesado y se fija el *alcance de los mismos cargos*, de esta manera el procesado sabe de qué se le acusa y hasta dónde se limita esa acusación para así tener seguridad sobre la manera o forma como debe defenderse desvirtuando esos cargos o por lo menos hacerlos menos onerosos.

Pero lo anterior implica que la sentencia de ser condenatoria no puede ir más allá de los cargos formulados en el mencionado auto de proceder.

Vale decir que la sentencia debe contener es un pronunciamiento definitivo sobre esos cargos de hecho y de derecho con la aplicación de la norma abstracta para el caso concreto determinado en el llamamiento a juicio.

Tenemos que en este proceso se llamó a juicio a Leonardo Ferreira para que respondiera por el homicidio o muerte de Aldemar Cardozo Hernández, pero no como autor de dicha muerte u homicidio sino como cómplice necesario del autor Fernando Maragua.

Pero a pesar de que se le llamó en esa calidad de cómplice necesario se le condenó en la sentencia impugnada como *coautor del mencionado homicidio...*"

Causal cuarta.

Estima el casacionista que la sentencia se profirió sobre un proceso viciado de nulidad supra-legal de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio ya que se vulneró el derecho de defensa del procesado.

Es así como anota que a éste, desde cuando fue capturado, no se le advirtió que tenía derecho a nombrar un apoderado para que lo asistiera en todas las diligencias subsiguientes ni se le nombró de oficio. Sólo en la indagatoria se hizo la designación de un señor que no era abogado. Que por esta vía casi toda la etapa sumarial se surtió sin apoderado, pues al final se nombró a un profesional quien no realizó ninguna gestión a favor del recurrente.

Destaca como el hecho de mayor gravedad la exposición que rindió en el DAS al ser capturado, pues no se hallaba en situación de flagrancia ni de cuasi-flagrancia ni de falta de actuación del funcionario instructor, requisitos para poder recibirle válidamente esa versión sobre los hechos.

El Ministerio Público:

Responde la demanda dándole prioridad al estudio de la *causal cuarta* de casación como lo enseña la técnica del recurso.

Demuestra que la pretendida nulidad supra-legal, por violación del derecho de defensa, no existió, pues el mismo día de la captura se inició la investigación, se le recibió indagatoria con apoderado de oficio y lo mismo ocurrió en ampliación de esa diligencia, todo ello en guarda del derecho de defensa.

Asegura que en la etapa del juicio tuvo asistencia jurídica y en la audiencia pública un defensor que alegó en su favor "...en la forma que lo consideró conveniente..."

Con relación a la versión que le tomó la policía, que el actor tacha de ilegal, advierte:

"...la misma versión que diera el sindicado ante las autoridades de policía, la repitió ante los jueces que instruyeron el sumario y,

más aún, la sostuvo en la audiencia pública y fue corroborada por las demás pruebas que aparecen en el proceso. Lo cual significa que aún aceptado que no estaban facultadas las autoridades de policía para recibir la exposición voluntaria del sindicado Ferreira, tal diligencia no tendría la relevancia suficiente para generar una nulidad de orden constitucional..."

Con referencia a la *causal segunda* por no estar en consonancia el auto de proceder con la sentencia ya que el procesado fue llamado a juicio como cómplice necesario del homicidio y no obstante fue condenado como autor de ese delito, expresa:

"...Tal aseveración no se ajusta a la realidad procesal, si se tiene en cuenta que en la sentencia se aplicó al procesado la ley anterior por considerarla más favorable. Conforme al Código Penal de 1936, el artículo 19 se refería al cómplice necesario y así fue calificada la conducta del procesado Ferreira en el auto de llamamiento a juicio, en concordancia con el artículo 363. Calificación que se sostuvo en la sentencia.

De conformidad con las normas de hermenéutica jurídica, no es posible admitir que en la sentencia se dio aplicación al artículo 23 de la actual legislación penal, porque riñe con ella la aplicación simultánea de las dos legislaciones.

La confusión estriba en que por ser en la antigua legislación la pena del cómplice necesario igual a la del autor, resultan al aplicar la sanción confundidos los dos grados de responsabilidad..."

Sobre la *causal primera* propone el rechazo de los cargos 1º y 2º por errores de técnica, pues estima:

"...es constante la jurisprudencia, en señalar como protuberante error de técnica jurídica plasmar en tal forma la impugnación a la sentencia, puesto que si se trata de interpretación errónea de una norma significa que el fallador aplicó al caso la norma debida pero le dio un alcance que no correspondía y cuando de indebida aplicación se trata, se resuelve un caso con un supuesto legal que no le corresponde. Así las cosas la contradicción aparece evidente..."

En cambio, solicita que se case la sentencia por el cargo 3º consistente en que se violó en forma directa la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 24 del nuevo Código Penal.

Al respecto, aduce:

"...Ciertamente en la sentencia se dejó de aplicar esta norma que era la atinente al caso y resulta más favorable para el procesado, pues permite la regulación de su sanción dentro de un máximo y mínimo inferiores a la pena que le fuera impuesta. Los argumentos expuestos por el actor respecto al contenido de esta norma para demostrar la viabilidad de su aplicación corresponden a la realidad jurídica, pues en él están comprendidos todos los grados de complicidad permitiendo que el juzgador aplique la pena de acuerdo a la 'eficacia de la contribución o ayuda' en el hecho delictuoso, por parte del cómplice..."

Consideraciones de la Corte:

Las impugnaciones se analizarán en el orden establecido en la respuesta del Ministerio Público, por ser el que mejor consulta la ciencia del recurso.

Esto es evidente, pues el principio de prioridad indica que deben estudiarse dando prelación a aquellas que, de prosperar, invalidarían parte del proceso, como son las que se fundan en las causales tercera y cuarta de casación.

Bajo esta premisa, se tiene:

1. *Causal cuarta.*

La nulidad constitucional por violación del derecho de defensa la hace consistir en los siguientes hechos: Desde el momento de la captura no se le advirtió al procesado el derecho a nombrar apoderado ni se le designó de oficio; las autoridades policivas que lo aprehendieron tomaron su versión de los hechos, sin darse los eventos exigidos por la ley para ello; tanto en la indagatoria como en su ampliación se le nombraron apoderados de oficio, sin título profesional; y sólo al final del sumario fue designado un abogado que, no obstante, nada hizo en su favor.

Al respecto en el sumario como lo expresa el Procurador Delegado, consta:

"...Que Leonardo Ferreira fue capturado el día 28 de abril de 1977 y en esa misma fecha fue puesto a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Lleras que inició la investigación. Así mismo consta que en esa fecha se recibió su indagatoria (fl. 8) y fue prevenido respecto al derecho que tenía de nombrar apoderado ante su manifestación de no poder hacerlo se le nombró al señor Pastor Bustos, quien presenció la diligencia. Posteriormente se llamó al sindicado a ampliar su indagatoria y para tal efecto también se le informó del derecho de nombrar apoderado y como no lo hiciera se le nombró de oficio al señor Eutimio Ladino López, con lo cual se dio cumplimiento a lo ordenado por la ley, en guarda precisamente del derecho de defensa..."

Y, luego, para mayor cubrimiento apunta:

"...En la etapa del juicio donde verdaderamente se realiza el debate probatorio, el procesado tuvo su asistencia jurídica, encomendada a abogados titulados y en la audiencia pública asumió su defensa un profesional del derecho quien orientó su alegación defensiva en la forma que lo consideró conveniente..."

Aunque la Corte siempre ha entendido que es en la etapa del juicio, frente a cargos concretos, donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa, ella misma ha advertido:

"...no hay duda que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque es allí donde empieza a acreditarse que la inocencia no es una mera presunción sino

una realidad indiscutible, o bien a probarse que se ha incurrido en una responsabilidad penal, pero en la medida de lo justo.

Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es inocente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa..." (C. S. J., Casación Penal, 3 de febrero de 1981).

Pero, obviamente, la Corte ha estimado que el derecho de defensa como pilar fundamental de la noción del debido proceso, se conculca, en cualquier etapa procesal, cuando, por cualquier medio se impide o entorpece su normal ejercicio, y cuando la defensa formal o técnica se traduce en una actitud de total indiferencia con la suerte del procesado.

En el caso presente el acusado estuvo asistido jurídicamente a lo largo de todo el proceso según las circunstancias especiales del lugar donde se hizo la instrucción y del lugar donde se realizó la causa, esto es, como lo manda la ley. Igualmente puede afirmarse que por ninguna parte aparece que se le hubiese impedido u obstaculizado su defensa, o que el apoderado y el defensor, no obstante la reiterada confesión de su representado, permanecieron indiferentes a las resultas del proceso.

El cargo no prospera.

2. *Causal segunda.*

Funda la acusación en que la sentencia se profirió sin consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque mientras en él se le responsabiliza como cómplice necesario en el homicidio de Aldemar Cardozo Hernández en aquella se le condena como autor de ese delito.

El simple enunciado del cargo pone de relieve que el demandante incurre en falta de técnica en el manejo de la causal segunda, pues por tratarse de un proceso con intervención del jurado no se puede, por regla general, alegar disparidad entre el auto de proceder y la sentencia, ya que en estos juicios debe proponerse como reproche el desacuerdo de ésta con el veredicto del jurado.

En efecto:

a) El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

"...en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate..."

Naturalmente, siempre y cuando el veredicto no sea contraevidente ni contradictorio.

b) El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, precisa:

"...pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podían expresarlo así brevemente en la contestación..."

Lo que significa que la norma faculta expresamente a los jurados para modificar la parte motiva del auto de proceder en cuanto a las circunstancias del delito que agravan o atenúan su punibilidad pero que no cambian su calificación genérica.

c) El artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con los anteriores, establece:

"...En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1º .....

2º Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado..."

Todo lo cual indica que dos son los *motivos* que consagra la causal segunda de casación, a saber:

I. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; propio para los juicios en que no interviene el jurado de conciencia; y,

II. Cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto; específico para los juicios con jurado.

Tan evidente resulta esta conclusión que la Corte entre las muchas reiteraciones al respecto, dijo:

"...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 anotadas 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, G. J., T. CXXII, números 2318-2320, pág. 317).

Como en este asunto se propone el primer motivo de la causal, resalta la impropiedad de la censura y su ineptitud absoluta.

El cargo no prospera.

3. *Causal primera.*

En este capítulo aduce tres reproches de violación directa de los artículos 2, 23, 24 y 323 del nuevo Código Penal.

En los dos primeros sostiene que la violación directa se produjo por interpretación errónea y por aplicación indebida del citado artículo 23, lo que pone de presente el grave error de técnica que advierte el Procurador.

No cabe duda que alegar con respecto a la misma norma sustancial la interpretación errónea y al mismo tiempo la aplicación indebida, es caer en flagrante contradicción, pues en esta se excluye la norma cuestionada como solución del caso concreto y en aquella se parte del supuesto de que es la que precisamente le corresponde. Se contrapone, en síntesis, un error de significado a un error en la selección de la norma.

No sucede lo mismo con el tercer cargo edificado sobre el artículo 24 del actual Código Penal que tilda de excluido por el sentenciador.

Esa falta de aplicación la hace consistir en que al quedar llamado a juicio el procesado como cómplice necesario según el Código Penal de 1936, debió de ser condenado como cómplice al tenor del citado artículo del nuevo estatuto penal. Simplemente porque considera que en esa norma quedó subsumido aquel grado de participación.

La Sala ya tuvo oportunidad de rechazar esta interpretación con las siguientes reflexiones:

"...La denominación 'complicidad necesaria' no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor porque, de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuencialmente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo. Por consiguiente, la sanción penal privativa de la libertad que se le impuso al procesado a título de cómplice necesario sería igual a la que se le tendría que dosificar como autor de conformidad con los artículos 23 y 356 del nuevo Código Penal..." (C. S. J. Cas. Penal, febrero 2 de 1983).

A los argumentos anteriores debe agregarse que los cómplices necesarios realizan una fracción del delito tan fundamental que al ser unida a la del otro ejecutor, ambas conforman la totalidad del tipo penal de que se trata y que al ser separadas lo desintegran. Si, además, bajo el culpabilismo del Código Penal vigente el procesado debe tener conciencia de lo que hace, al comprender que sin su contribución jamás se realiza el hecho punible, hace suyo por modo indisoluble, el delito de otro, esto es, lo realiza también por su cuenta.

Estos cargos tampoco prosperan.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el 26 de septiembre de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Salvó el voto; *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Con salvedad de voto; *Tarcisio Roldán Palacio,* Conjuez. Con salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

1. Sienta la mayoría de la Sala la siguiente tesis de la cual nos apartamos: "La denominación 'complicidad necesaria' no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía *bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor* (el subrayado es nuestro) porque, de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuencialmente, no se consumaría la infracción".

2. La diferencia entre autor y cómplice es nítida; siempre lo ha sido. Aquél es la persona que realiza la conducta típica, éste es quien *le ayuda al autor* a ejecutarla. El primero efectúa —por sí mismo o por interpuesta persona— la acción descrita en el tipo penal y así ejecuta *su propio* hecho punible; el segundo, en cambio, colabora con el autor en la realización de un hecho punible que no le pertenece como suyo. Es de la esencia de la autoría su condición de figura autónoma, a tiempo que es propio de la complicidad su carácter de institución accesoria; el autor puede actuar solo y su conducta tiene plena relevancia jurídica (a menos que el tipo exija la presencia de una pluralidad de autores); el cómplice jamás podrá hacerlo sin un autor a quien le preste colaboración.

3. La complicidad admite, ciertamente, grados de eficacia; se dice, por eso, que ella puede ser necesaria, principal o primaria y secundaria o accidental; sin embargo, cualquiera sea la calificación que se le dé a tal ayuda, no debe olvidarse que dichas denominaciones no son más que epítetos referidos siempre al fenómeno complicidad, cuyo carácter accesorio frente a la autoría sigue siéndole consustancial. Uno y otro fenómeno son, pues, irreductibles, en cuanto ni ontológica ni jurídicamente se identifican; otra cosa es que algunas legislaciones (como la nuestra de 1906), por discutibles razones de política criminal, dispongan la purificación punitiva frente a la responsabilidad penal de autores y cómplices necesarios; pero la identidad de sanciones no significa identidad de fenómenos; eso sería tanto como afirmar que estupro y falso testimonio son la misma cosa porque ambos delitos tienen señalada pena de uno a cinco años de prisión.

4. Sabido es que el código anterior distinguía entre cómplices necesarios y cómplices no necesarios; pero tal diferencia desapareció en el nuevo estatuto, porque ella no responde a la realidad y porque se consideró injusta la equivalencia sancionadora entre autoría y complicidad primaria; díjose a este respecto en la Comisión de 1972: "Por más importante que sea la contribución de un cómplice a la conducta del autor, nunca podrá ser considerada como tal (es decir como conducta de autor), porque nulamente el autor realiza la conducta prevista en el tipo penal. El cómplice ejecuta una labor de coadyuvancia más o menos importante, pero siempre de colaboración a la conducta

del autor, de manera que su comportamiento ha de considerarse como accesorio en relación con el del autor. Desde este punto de vista resulta injusto equiparar punitivamente la conducta de uno y otro. La experiencia muestra que existen tremendas dificultades prácticas y de orden probatorio para diferenciar precisa e inequívocamente en todos los casos la conducta del cómplice necesario, de la del no necesario o secundario. El nuevo texto aclara también que el juez graduará la pena, según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice" (Anteproyecto del Código Penal Colombiano, Ministerio de Justicia, Bogotá, Acta número 66, pág. 417).

5. Cuando el código anterior hablaba en el artículo 19 de prestar al autor o autores "un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse" el hecho, no estaba refundiendo en una sola las figuras de la autoría y de esta forma de complicidad; distinguía, al contrario, entre ambas y calificaba correctamente a esta como una forma de auxilio y cooperación, a pesar de que en el plano de la sanción penal disponía igualdad punitiva. Contra esa parificación se pronunció el nuevo código. Por manera que cuando en él se dice que es autor "el que realiza el hecho punible o determine a otra a realizarlo" y que es cómplice "el que contribuye a la realización del hecho punible..." (arts. 23 y 24), está nítidamente separando la autoría de la complicidad e incluyendo en esta última norma las modalidades de necesaria y no necesaria; luego en el artículo 61 reguló su punibilidad para que al cómplice se le impusiese la sanción correspondiente dentro de los límites legales pertinentes de conformidad con "la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda". Quiso, pues, el legislador de 1980 —y lo hizo en efecto— al suprimir del texto de la autoría la frase "prestar auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse" el hecho, que traía el artículo 19 de la codificación anterior, distinguir con meridiana claridad la autoría de la complicidad e incluir en la norma que de esta se ocupase (art. 24) como ya se indicó, todas las formas posibles de colaboración punible.

6. Por tales razones no compartimos la afirmación de la mayoría cuando asevera que la complicidad necesaria es en el actual Código Penal una forma de autoría. Como tampoco nos identificamos con el siguiente planteamiento: "La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo". La razón de nuestro disentimiento es, en este caso, la de que allí se está haciendo referencia al fenómeno de la coautoría impropia, vale decir, a la realización conjunta y con definición de trabajo de un mismo comportamiento típico, pero en manera alguna a la llamada complicidad necesaria, pues que en su respecto la relación causal se da en forma directa hacia el autor y sólo indirectamente hacia el hecho punible, a tiempo que el autor si se conecta causalmente y de manera directa con el evento hacia el cual dirige su comportamiento.

7. Consideramos, entonces, que le asiste razón al casacionista cuando impugna la sentencia del Tribunal por infracción directa del artículo 24 del Código Penal en cuanto impuso pena de autor al

procesado Leonardo Ferreira en vigencia del actual estatuto punitivo, si se tiene en cuenta que fue llamado a juicio y condenado como cómplice necesario. Al no casar la sentencia por este aspecto, la Sala está aceptando que hizo bien el Tribunal al condenar al procesado bajo el imperio del nuevo código, a la pena de autor a pesar de haber sido llamado a juicio y condenado en primera instancia como cómplice y a pesar de haber desaparecido la perificación punitiva del anterior estatuto entre autor y cómplice necesario, conclusión que no podemos compartir por las razones ya expuestas en precedencia. Era, pues, imperioso para el Tribunal la aplicación, por razones de favorabilidad retroactiva, del artículo 24 del actual Código Penal.

Agréguese a las consideraciones precedentes la de que el párrafo final de la motivación de la providencia mayoritaria es válido en cuanto se refiere al fenómeno de la coautoría impropia respecto de la cual puede afirmarse que el coautor realiza "una fracción del delito" pero no lo es en punto a complicidad, pues que la labor del cómplice es en todo caso de coadyuvancia consciente a un hecho punible *ajeno*.

Tales son las consideraciones que nos llevan a separarnos, una vez más en este punto, de la decisión mayoritaria de la Sala.

Fecha *ut supra*.

Alfonso Reyes Echandía, Tarcisio Roldán Palacios, Conjuez; *Darío Velásquez Gaviria*.

1º EXCARCELACION

LIBERTAD PROVISIONAL

Excarcelar: Sacar de la cárcel a un detenido

Libertad provisional: Fin principal de la medida es que no se cumplan los efectos materiales del auto de detención

2º LIBERTAD MEDIANTE CAUCION

EXIGENCIAS DE LA LEGISLACION DE 1936

Restitución e indemnización

NUEVA LEGISLACION

Total reparación: Restitución e indemnización

3º AVALUO PERICIAL. OPORTUNIDAD PROCESAL

Desde el momento mismo en que se abre la investigación deben practicarse las pruebas tendientes a la demostración y cuantificación del daño

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 35 de abril 19 de 1983.

Vistos:

Ejecutoriado el auto por medio del cual se declaró clausurada la etapa investigativa y corrido el término que la ley concede a las partes para alegar, se procede a calificar el mérito del presente sumario.

Hechos:

El abogado Jorge Peña Peña formuló denuncia penal contra el doctor Pablo Barón Garavito, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, de quien afirma que profirió resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, dentro de un proceso que por un atentado contra el patrimonio económico se adelantaba contra el señor

Santiago Borda López, pues dispuso la excarcelación de esa persona sin que estuviera privada de la libertad, le concedió ese beneficio sin exigirle la caución prevista por la ley y estimó arbitrariamente el monto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Dentro de la etapa instructiva fueron oídos en indagatoria los Magistrados Pablo Barón Garavito y Numa Pompilio Hernández.

Resultandos:

1º Con los documentos expedidos por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia (fls. 101 a 105), se estableció que los doctores Pablo Barón Garavito y Numa Pompilio Hernández fueron elegidos Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, el primero en interinidad y el segundo en propiedad. Así mismo, fueron incorporadas a esta investigación copias de las actas de posesión de los citados funcionarios (fls. 94 y 95).

2º Se allegó copia del proceso que se adelantó contra el señor Santiago Borda López en el cual se destaca lo siguiente:

a) Borda López fue denunciado penalmente por los señores Alvaro Niño Sierra y Jorge Pinzón Espinel, por cuanto estimaron que aquél los había hecho víctimas de una estafa. Hicieron consistir ésta en que Niño Sierra transfirió a Borda los derechos que tenía sobre una máquina combinada, a cambio de los derechos que Niño poseía en una tractomula. Este último acuerdo se perfeccionó y se elaboraron los documentos, mientras que el primero no llegó a su culminación y, por el contrario, la esposa de Borda ejecutó a los iniciales dueños de la combinada por el valor de una carta de crédito cercana al medio millón de pesos que se había extendido para pagar la cuota inicial de la combinada. No contento con esto, Borda denunció penalmente a Niño y a Pinzón e impidió que la maquinaria fuera trasladada para la realización de un trabajo, a más de que le causó algunos daños que impedían su movilización;

b) El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja dictó auto de proceder contra Santiago Borda López, por el delito de estafa;

c) El auto enjuiciatorio fue apelado por el defensor de oficio del procesado que fue declarado reo ausente. El defensor solicitó al Tribunal el beneficio de libertad provisional del procesado quien no se hallaba privado de la libertad, para lo cual invocó lo preceptuado por el numeral segundo del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal de 1936. Al efecto afirmó: "Según la denuncia los supuestos daños suben a $ 250.000.oo. Estamos dispuestos a consignar $ 500.000.oo para responder por eventuales perjuicios en una improbable sentencia condenatoria";

d) El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Tunja conceptuó que "como hasta el momento no se ha dictado sentencia, ni se sabe el valor de los perjuicios en caso de condena, con todo respeto solicito al honorable Tribunal que admita la garantía ofrecida y conceda la libertad";

e) El 23 de marzo de 1981 el Tribunal de Tunja profirió la decisión que dio origen a la denuncia. En ella se declaró que también el beneficio de libertad era procedente cuando el procesado no se hallaba detenido, con fundamento en la opinión de algunos doctrinantes. En cuanto al pago de los perjuicios expresó: "Como el señor defensor está dispuesto a consignar en nombre de su patrocinado la suma que el Tribunal considere conveniente para indemnizar los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, es del caso acceder a lo pedido, fijando una caución de trescientos mil pesos. Esta caución tiene por objeto garantizar una posible indemnización de perjuicios, en caso de condena".

La citada providencia fue suscrita por los Magistrados Pablo Barón Garavito y Numa Pompilio Hernández. Salvó su voto el Magistrado Alvaro Guevara Sandoval quien estimó que la norma invocada exigía la restitución de lo apropiado o la indemnización de los perjuicios, lo cual no podía suplirse con la admisión de una caución ofrecida por el defensor del encausado, pues esa interpretación no consulta la literalidad de las disposiciones que se invocaron para acceder a la concesión del pedimento de libertad provisional.

3º Dentro de la actuación sumarial se recibió diligencia de indagatoria a los Magistrados Numa Pompilio Hernández Moreno y Pablo Barón Garavito.

El doctor Hernández Moreno (fl. 113), manifestó que evidentemente había suscrito la providencia que dispuso la libertad provisional de Santiago Borda López, dentro de un proceso en donde éste y otras dos personas se hacían cargos mutuos por el incumplimiento de sus obligaciones; que como no había objeto en concreto para restituir ni estaban regulados los perjuicios, aceptó como caución la cuantía que prudencialmente señaló el Magistrado sustanciador, habida cuenta de que apenas existía una posibilidad de indemnización, en el evento de un fallo condenatorio. Estimó como error el no haber fijado dos cauciones, pero ese error fue subsanado posteriormente.

El doctor Pablo Barón Garavito (fl. 118), expresó que como Magistrado sustanciador presentó un proyecto de decisión que prohijó otro de sus colegas dentro del proceso contra Santiago Borda. Para conceder la libertad se hizo una evaluación del monto de los perjuicios, "por la sencilla razón de que el sindicado en ningún momento había confesado la comisión de un delito con apropiación de bienes ajenos. No se trataba de obligarlo a reconocer la apropiación de bienes ajenos sino de concederle el beneficio de libertad. Si la ley autoriza la libertad a quien devuelve el bien objeto del ilícito, entendimos que con mayor razón debía concederse libertad a quien negaba haber cometido el ilícito pero aseguraba o prestaba caución para garantizar la indemnización de perjuicios en el caso de una posible condena".

Agregó que por un error no se le exigieron dos cauciones, "...pero tengo entendido que posteriormente se le exigió a él una caución de mil pesos que fue prestada".

4º El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de un análisis de la prueba recaudada, estima que en cuanto a la libertad provisional que se concede sin que el beneficiario de esta determina-

ción esté efectivamente privado de la libertad, existen diversas opiniones, pero se inclina por considerar que en este aspecto los magistrados sindicados procedieron correctamente. Así mismo advierte que la no exigencia de una caución para garantizar la posterior comparecencia del procesado al juicio, fue el fruto de un error excusable, tal como lo plantearon los sindicados.

Encuentra, no obstante, que no hay claridad en cuanto al cargo que se les formuló por haber estimado caprichosamente el monto del valor de los perjuicios causados con el delito, pues aun cuando lo razonable era haber procedido como lo indicaba el magistrado que salvó el voto, la falta de la demostración del dolo en la conducta de los sindicados, aconseja que se les ampare con un sobreseimiento de carácter temporal.

Consideraciones de la Corte:

Tres son los cargos que se hicieron a los magistrados sindicados, por lo tanto, la Sala hará referencia a cada uno de ellos en forma separada.

En primer término, afirma el denunciante, los magistrados incurrieron en conducta punible por haber concedido la excarcelación a persona que no se hallaba encarcelada. Desde el punto de vista gramatical, ciertamente, *excarcelar es sacar de la cárcel a un detenido; no obstante, esta expresión en el ámbito del derecho y en cuanto hace referencia a la libertad provisional que se otorga mediante caución, debe ser entendida en un sentido más amplio.*

El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal señala los casos de libertad provisional bajo fianza, o de excarcelación caucionada, expresiones estas que no corresponden al concepto genérico de excarcelación, sino a la específica gracia en la que, a pesar de continuar en vigencia los efectos jurídicos de un auto de detención, la persona no sufre efectivamente la medida cautelar.

El concepto genérico de excarcelación es amplio y corresponde a todos los eventos en que una persona sale de la cárcel, bien porque se dispone su libertad luego de la captura, o porque se le revoca un auto de detención o por el cumplimiento de una condena o pena privativa de la libertad. En cambio la excarcelación bajo fianza o libertad provisional caucionada, es fenómeno jurídico específico regulado en el citado artículo del ordenamiento procesal, que tiene sus propias características y peculiaridades.

La libertad provisional bajo fianza es una institución prevista en la ley procesal que permite que una persona no cumpla la detención, a pesar de que los efectos jurídicos de esta medida se hallen vigentes; en consecuencia, si bien es cierto que en la mayoría de los casos el efecto inmediato de esta gracia es lograr la libertad de una persona detenida, en la totalidad de los casos el fin primordial de la medida es que no se cumplan los efectos materiales del auto de detención, lo cual puede lograrse aún sin la previa privación de la libertad del procesado a quien se concede el beneficio. En las infracciones sancionadas con pena de arresto, por ejemplo, no es necesario que se

requiera privar de la libertad para luego conceder el beneficio, pues frente a estos ilícitos no procede la captura y por lo tanto podrá procederse en la misma forma prevista para la detención de funcionarios por delitos excarcelables (art. 449 del C. de P. P.). Tampoco es indispensable la privación de la libertad cuando se ha restituido un objeto apropiado (numerales 2º y 3º del art. 453 del C. de P. P.), antes de que se haya iniciado la investigación, ni cuando el auto de detención se dicta junto con el auto de proceder y allí se confiere la libertad prevista en el numeral 5º del citado artículo 453.

En estas condiciones conclúyese que ninguna irregularidad cometieron, por este aspecto, los magistrados indagados, pues procedieron de conformidad con la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se ha dado al fenómeno de la libertad provisional bajo fianza.

En segundo lugar se atribuyó a los magistrados la realización de un ilícito por no haber exigido al liberado provisionalmente la consignación de una fianza para garantizar su comparecencia al juicio. Los propios magistrados advierten que en este aspecto incurrieron en un error, el que luego fue subsanado en decisión posterior cuando al procesado se le exigió la consignación de una fianza de mil pesos, una vez que el auto enjuiciatorio fue confirmado y mantenido el beneficio de libertad provisional.

La fianza que se exige cuando se concede el beneficio a que alude el artículo 453, tiene por finalidad que el sindicado asegure su comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ello. De modo que una cosa es el dinero que se consigna para garantizar el pago de los perjuicios y otra muy distinta la fianza que se deposita para responder al Estado por la posterior presentación.

En este caso el dinero se consignó para pago de perjuicios y no como fianza para obtener la libertad, luego esta última ha debido ser exigida en la forma y monto que el funcionario considerara pertinente. No obstante, esta irregularidad fue el fruto de una equivocación, ni siquiera advertida por el magistrado que salvó el voto, explicable en atención a que se ordenó la consignación de una suma de dinero que en forma errada llevó a pensar que era una fianza genérica que también protegía el interés del Estado. Esta es la manifestación atendible de los magistrados sindicados que conduce a la conclusión de que, tampoco por este aspecto cometieron delito alguno, por ausencia de culpabilidad.

Finalmente, se sindica a los magistrados denunciados por haber estimado caprichosamente y sin la intervención de perito el valor de los perjuicios ocasionados con el delito, para efectos de la concesión de la libertad provisional. Con relación a este punto es necesario hacer algunas consideraciones previas.

El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, dispone que se podrá conceder la libertad mediante caución, en los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 429 del Código Penal. A su vez este artículo que era la norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, estipula que la pena se disminuirá si antes de sentencia el responsable restituye

el objeto materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado.

Dos eran, pues las exigencias que alternativamente reclamaba la legislación de 1936 (el nuevo código las demanda acumulativamente), esto es, que restituyera o que indemnizara. El concepto de restitución supone la devolución de lo apropiado o de su valor (art. 346 del C. de P. P.), en cambio el concepto de indemnización representa la reparación de todos los daños que el hecho punible haya ocasionado. La restitución es, pues, uno de los aspectos de la indemnización de los daños materiales, como que en los delitos contra el patrimonio el daño emergente está representado por la desposesión de que se ha hecho víctima al titular del derecho.

En estas condiciones la legislación penal de 1936 consagraba una antitécnica circunstancia de atenuación punitiva en el artículo 429, pues la disyuntiva que planteaba era, de una parte, la simple restitución, mientras que la otra alternativa era la indemnización plena, vale decir el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados con el hecho, esto es, la reparación por daño emergente, lucro cesante y pago de los perjuicios de orden moral (art. 1613 y 1614 del C. C.).

La nueva legislación, por el contrario, exige la total reparación pues demanda la restitución e indemnización, término este que comprende al primero, evitando de esta manera el contrasentido advertido en la anterior codificación.

Discútese, de otra parte, acerca de la oportunidad procesal para disponer el avalúo de los perjuicios. Parecería que la respuesta se encuentra en el artículo 503 del ordenamiento procesal que señala que en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba, el juez designará perito para avaluar los daños ocasionados, si así lo solicita el Ministerio Público o la parte civil o hay bienes embargados o secuestrados. Sin embargo, señala el numeral 6º del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, que uno de los fines de la investigación es la determinación de los daños y perjuicios de orden material y moral causados con la infracción, principio reiterado en el artículo 380 del mismo ordenamiento que señala que el instructor deberá de oficio o a petición del Ministerio Público (art. 102 del C. de P. P.) o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito.

Significa lo anterior que desde el momento mismo en que se abre la investigación deben ser practicadas las pruebas tendientes a la demostración y cuantificación del daño, entre otras cosas para dar elementos al juzgador para la aplicación del artículo 107 del Código Penal; no obstante, si se dan las circunstancias previstas en el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, es imperativo el nombramiento de perito para el avalúo de los perjuicios.

La indemnización de perjuicios en los delitos contra el patrimonio opera en un doble plano, pues se debe tener en cuenta en el momento de proferir sentencia de condena, para la rebaja de pena prevista en la disposición sustantiva y también debe ser considerada en cualquier

estado del proceso para los efectos de la concesión del beneficio de la libertad bajo fianza (numeral 2º del art. 453 del C. de P. P.). La cuantía de los daños en los dos casos citados será la que procesalmente haya recibido demostración; no obstante, el artículo 107 del nuevo ordenamiento penal atribuye discrecionalidad en ciertos casos al funcionario para determinarla, cuando en el proceso no se haya fijado su monto, de donde puede concluirse que, si no ha sido establecida en el proceso también el juez puede señalarla discrecionalmente para poder otorgar el beneficio de libertad provisional. Es obvio que esta facultad del funcionario debe estar orientada por los lineamientos que le señala el inciso del citado artículo 107 del Código Penal.

Sin embargo la determinación del monto de los perjuicios que haga el funcionario, además de que puede ser objetada y sometida a reconsideración, es provisional, pues en el curso del proceso puede llegar a establecerse que es otro el valor de los perjuicios, caso en el cual el liberado provisionalmente deberá incrementar el pago, si resulta una cifra mayor, para continuar en libertad provisional, o le deberá ser devuelto lo que haya consignado en exceso, si se establece una cifra menor.

En el caso que ahora ocupa a la Sala, los funcionarios sindicados consideraron que el valor de los perjuicios, para efectos de la libertad bajo fianza, equivalían a $ 300.000.oo y exigieron la consignación de esa suma. Si se tiene en cuenta que no había lugar a restitución, pues el objeto materia del ilícito no había sido apropiado por el procesado, la estimación de esa cifra provisional no parece inadecuada, a pesar de que la parte civil considerara que los perjuicios valen cinco millones de pesos, pues estos no son necesariamente los que reclame el perjudicado, ni los que caprichosamente ofrezca el procesado.

En estas condiciones es obvio que los Magistrados sindicados no cometieron delito alguno, por lo tanto, deberán ser sobreseídos definitivamente.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

Sobreseer definitivamente a los doctores Pablo Barón Garavito y Numa Pompilio Hernández Moreno, por razón de los cargos que se les formularon dentro de la presente investigación.

En firme esta providencia, archívese la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Tarcisio Roldán Palacio, Conjuez; *Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Inexistencia del hecho puesto en conocimiento de la justicia, atipicidad o imposibilidad legal para iniciar la acción penal, son fundamentos del auto inhibitorio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 37.

Vistos:

Contra la providencia de veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta resolvió abstenerse de iniciar sumario contra el doctor *Juan José García Rivera,* Exjuez Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad, interpuso el denunciante, doctor *Rafael Sus Slim,* recurso de apelación, cuya rituación en esta segunda instancia se cumplió a cabalidad.

Hechos y antecedentes procesales:

El Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Norte de Santander, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a Gil Antonio Anaya Sarmiento y Cecilia Manrique de Anaya para que fueran obligados a restituirle un lote de terreno sobre el cual estos detentaban la posesión, amparados, además en título escriturario, lote que formaba parte de uno de mayor extensión adquirido por el Instituto mediante escritura anterior a la de los demandados y la de sus tradentes. El título del Instituto fue registrado el día 30 de noviembre de 1971 y el de quienes les vendieron a los demandados lo fue el 31 de diciembre de 1971.

El juez, doctor Juan José García Rivera, en lugar de analizar los títulos aportados y decidir por el titular del mejor derecho, como luego se lo dirá el Tribunal al revocarle su providencia, falló en contra de quien ostentaba esa calidad, alegando que el actor debió haber efectuado previamente ese estudio de títulos y demandar con fundamento en sus conclusiones.

Como la decisión del *a quo* fue apelada por el representante judicial del Instituto y revocada por el Superior, aquél estimó que el juez había incurrido en posible infracción penal al no haber proferido pro-

nunciamiento favorable a quien demostró ser anterior en el derecho, teniendo para ello los elementos de juicio indispensables, y mediante abogado, a quien le otorgó poder para ese efecto, lo denunció penalmente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (fls. 17 a 20 del cuaderno principal).

El Magistrado sustanciador a quien le correspondió el asunto dispuso la práctica de diligencias preliminares y luego el Tribunal, con apoyo en los elementos de prueba recaudados, profirió el auto por medio del cual se abstuvo de iniciar sumario, proveído que fue objeto del recurso que ahora se desata.

Planteamientos del Tribunal:

Estima esa corporación que no existe mérito para adelantar en este caso una investigación de carácter penal por cuanto los hechos atribuidos al Exjuez Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, doctor Juan José García Rivera, no son constitutivos de delito.

No obstante esta conclusión, el razonamiento que le sirve de base está estructurado íntegramente sobre aspectos de culpabilidad, debidos al error en que incurrió el funcionario al decidir, en la forma en que lo hizo, el asunto sometido a su consideración, error que el Tribunal encuentra excusable, y que, por tanto, le permite afirmar la ausencia de dolo en el comportamiento motivo de la acusación.

Los siguientes apartes de la providencia recogen el pronunciamiento central de la Corporación:

"Efectivamente este razonamiento es completamente equivocado, pues la función del juez en este caso, ante la prueba documental, de ser poseedores inscritos, debía llevarlo a hacer él el estudio correspondiente, tal como lo hizo el Tribunal, con base en principios elementales de derecho civil que se esgrimen en la providencia del Tribunal, al citar a la honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que ante presencia de títulos de dominio sobre el mismo inmueble, le asiste mejor derecho a quien allega un título debidamente registrado anterior al que le opone su contraparte, y entiende la Sala que para estos casos existe el principio del derecho romano *'Prius in tempore potior in jure'*, el que es primero en el tiempo, es superior en el derecho.

"Si el juez, debido tal vez a sus pocos conocimientos en materias civiles, con mediana inteligencia hubiera recordado estos principios, y conociera la jurisprudencia de la Corte, no hubiera caído en la pereza mental de inhibirse para fallar, porque precisamente ante sus ojos estaban los títulos, y esos eran los que debía estudiar, y no ordenar el estudio de títulos, para luego demandar.

"En el caso debatido, era elemental que ante los registros de las escrituras, la una registrada en 30 de noviembre de 1971, y la otra registrada el 31 de diciembre de 1971, tenía mejor derecho la primera, y que era el derecho que debía reconocerse para ordenar la restitución.

"No lo hizo el juez, por falta de estudio, o por desconocer principios generales de derecho civil, sin embargo, ante la litis en que ambas

partes se encontraban en igualdad de condiciones, si una de ellas entendía tener derecho y lo perdía, para eso se ha establecido la doble instancia, y el Tribunal dirigido en su Sala Civil por funcionarios honestos, probos y sabios, ya que por esta razón son elegidos, invistiéndoseles de jurisdicción y competencia, dirimió el conflicto surgido entre los interesados, dándole el derecho a quien realmente lo tenía.

"....

"Con fundamento en los anteriores razonamientos el Tribunal no encuentra ningún motivo que justifique la iniciación de proceso penal por el delito denunciado, pues si bien erró como es un hecho cierto, pues ha debido estudiar los títulos presentados con base en los principios generales del derecho civil, los olvidó, o los ignoró, de acuerdo al análisis que hace en su providencia, error que corrigió con sabiduría el Tribunal, pero en ese fallo inhibitorio, injusto y arbitrario, no se vislumbra que el empleado oficial, juez, dolosamente hubiera querido infringir la ley como lo pretende el denunciante y el apoderado del Instituto, pues es patrimonio del hombre errar, y en derecho las decisiones pueden tener fundamentos diferentes, en razón de la libertad de que gozan los jueces para interpretar las normas jurídicas. Bien se ha dicho *'homo sum, et humani nihil a me alienum puto'*, soy hombre y las cosas humanas no me son extrañas" (fls. 134, 135, 136 y 137 del cuaderno principal).

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se confirme el auto recurrido, pues encuentra, al igual que el Tribunal, ausente el dolo en la conducta del acusado, de donde no debe ser objeto de una investigación penal, ya que, al tenor de lo que dispone el nuevo Estatuto Punitivo en su artículo 5º, toda responsabilidad objetiva está proscrita.

Como fundamento de su criterio, anota:

"Ahora bien: No se remite a dudas la 'pereza mental' del acusado y su desacierto en la providencia mediante la cual puso fin a la primera instancia de la litis entre el ICT y sus demandados, pero esto no puede atribuirse a circunstancia distinta del error del razonamiento que le hizo creer que el litigio debía promoverse previo estudio de títulos y en apariencia para dirimir exclusivamente asuntos de derecho, obviando de esa manera el proceso elemental pero necesario que echó de menos y dejando por puertas los asuntos de derecho paralelos que debían dirimirse en su oportunidad.

"La providencia del 7 de abril de 1981 fue motivada y de su texto no se deduce, como tal lo infiere el *a quo*, intención criminosa por motivaciones personales con relación a las partes...

"Tampoco se hace palpable la intención de ir contra la ley, pues el presupuesto que estimó indispensable para fallar el acusado, se manifestó como consecuencia del erróneo enfoque de la situación que se le presentó, y de ahí que también desechara la excepción propuesta por la parte demandada 'por no ser de recibo' en el proceso.

"No se trata de justificar el error como lo infiere del auto recurrido el señor apoderado sino de reconocer su presencia indiscutible, más aun cuando para su corrección contaban las partes con los medios de impugnación plasmados en la ley, y de los cuales en buena hora hizo uso el personero de la entidad demandante como lo imponía elementalmente su condición de vigilante de la litis" (fls. 7 y 8 del cuaderno de la Corte).

Alegato del recurrente:

En su escrito de sustentación del recurso, dice el apelante, después de afirmar la tipicidad y antijuridicidad de la conducta del exjuez doctor García Rivera, que el aspecto de la culpabilidad no se puede dilucidar, como lo hizo el Tribunal, dentro del ámbito de un auto inhibitorio, sino después de haber abierto una investigación y recogido los elementos de juicio indispensables para poderlo predicar o desestimar. A este respecto manifiesta:

"Dados dos elementos esenciales del delito en la conducta desarrollada por el administrador de justicia sindicado, sólo nos quedaría encuadrarla en algunos de los presupuestos del artículo 40 del Código Penal, pero creo que el momento procesal de decidir sobre la no culpabilidad, no es el auto que se dicta con fundamento en el artículo 320 *bis* del Código de Procedimiento Penal, sino un poco más allá, cuando la mano de la justicia esté pronta para dictar sentencia" (fl. 144 del cuaderno principal).

Consideraciones de la Corte:

El denunciante acusa al juez de haber proferido una decisión contraria a la ley al haber negado las pretensiones de la parte actora, siendo que dentro del proceso actuaban los elementos de juicio necesarios para reconocerlas, tal como lo hizo el Tribunal al revocarle su providencia.

En ésta, que es de fecha 7 de abril de 1981, dijo el juez:

"Conforme a las anteriores pruebas señaladas, podemos concluir que en realidad de verdad el Instituto de Crédito Territorial —Seccional Norte de Santander— adquirió unos terrenos en La Parada, Jurisdicción de Villa del Rosario y como tal aparece como poseedor inscrito. A su vez Gil Antonio Anaya Sarmiento y Cecilia Manrique de Anaya adquirieron en dicho lugar 500 metros cuadrados e igualmente aparecen como poseedores inscritos y además ocupan, poseen material y realmente dicho terreno desde hace varios años, conforme a los testimonios recaudados.

"

"El problema se presenta cuando, en litigios como el *sub júdice*, tanto demandante como demandado son poseedores inscritos de un área de terreno y Gil Antonio Anaya Sarmiento y Cecilia Manrique de Anaya, conforme a las declaraciones recaudadas han poseído durante varios años, dichos terrenos. Entonces, lo procedente sería que en

lugar de la demanda reivindicatoria, la parte actora lo hubiese hecho referente a un estudio de títulos con el fin de establecer cuál es el mejor derecho. En consecuencia, las peticiones de la demanda no pueden prosperar y así se establecerá en la parte resolutiva de esta providencia" (fls. 100 y 101 del cuaderno principal).

El Tribunal, Sala Civil, al infirmar ese fallo y condenar a los demandados a restituir al Instituto de Crédito Territorial el lote de terreno reivindicado, dijo en sentencia de 25 de enero de 1982, después de aludir a la previa exigencia del estudio de títulos por parte del demandante que echó de menos el juez y que le sirvió para pronunciarse en la forma en que lo hizo, desestimando el mejor derecho del Instituto:

"Con base en estas consideraciones, ciertamente infortunadas y cuyo alcance y significado la Sala no alcanza a comprender, el *a quo* estimó que 'las peticiones de la demanda no pueden prosperar y así se establecerá en la parte resolutiva de esta providencia'.

"Situaciones como la anotada, cuando ambas partes presentan títulos de dominio sobre el bien que se pretende reivindicar *son muy frecuentes* y no se solucionan simplemente indicando que lo procedente es un estudio de títulos por la parte actora para establecer cuál es el mejor derecho. En manera alguna. Constituye ineludible deber del juez desatar el conflicto que se le ha presentado para su composición determinando, con fundamento precisamente en los títulos allegados al proceso y las demás pruebas recaudadas, cuál de las partes es la verdadera dueña del inmueble en litigio.

"Así lo tienen sentado en forma unánime y de tiempo atrás la jurisprudencia y la doctrina porque son abundantes los procesos reivindicatorios cuyo éxito depende en gran parte de la confrontación de títulos...

"....

"Por manera que, como ya se dijo, ambas partes presentaron títulos de dominio sobre el mismo inmueble y entonces corresponde al *a quo* determinar cuál de ellos prevalece.

"En eventos como el que ocupa la atención de la Sala, la doctrina y la jurisprudencia son acordes en que le asiste mejor derecho a quien allega un título debidamente registrado anterior al que le opone su contraparte.

"....

"De conformidad con lo anterior y los títulos escriturarios allegados al proceso se deduce sin ninguna hesitación que el Instituto de Crédito Territorial tiene un mejor derecho que los demandados sobre el lote objeto de la litis pues lo adquirieron (sic) por compraventa a los ya citados Acuña Ramírez y Acuña Jurado *mediante la escritura número 2682 del 29 de noviembre de 1971 registrada debidamente el 30 de noviembre de 1971* y la titulación de Gil Antonio Anaya Sarmiento y Cecilia Manrique de Anaya se remonta a la compra que a los mismos Acuña Ramírez y Acuña Jurado realizó Francisco de Paula Ramírez, según las voces de la *escritura 284 del 20 de diciembre de*

1971 registrada el 31 de diciembre de 1971" (fls. 7, 9, 10, 108, 110 y 111 del cuaderno principal). Las subrayas no pertenecen a los textos.

Para que pueda proferirse la decisión inhibitoria establecida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal se requiere que de los términos mismos de la denuncia o de los elementos de juicio aportados con la misma o recogidos en el período de diligencias preliminares se desprenda con nitidez la conclusión acerca de la inexistencia del hecho puesto en conocimiento de la justicia, o de su atipicidad o de la imposibilidad legal para iniciar la acción penal.

En el caso que se analiza no se presenta con esa claridad la licitud de la conducta del exjuez acusado respecto del hecho que se le atribuye, por lo cual lo indicado es abrir la investigación para que él tenga ocasión de explicar su proceder, y en esa forma y con los demás elementos de convicción que se alleguen al proceso poder despejar los aspectos dudosos y tomar con sólidos fundamentos la decisión que correspondiere

No puede pasarse por alto que, como lo anotó en su oportunidad la Sala Civil del Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio reivindicatorio se contaba con los elementos probatorios requeridos para deducir de parte de quien estaba el derecho en el litigio incoado, pues allí obraban los respectivos títulos cuya valoración podía hacer el juez como lo hizo el Tribunal al revocarle la providencia y fallar a favor del Instituto de Crédito Territorial, enfatizando, de paso, que juicios de esa naturaleza, con la implicación que anotó el juez, son de usual ocurrencia, y de su definición en la forma en que se hizo en la segunda instancia se ha ocupado con reiteración la jurisprudencia y la doctrina en forma unánime, según lo anota esa Corporación. Y es de suponer que un Juez Civil del Circuito no carece de tales conocimientos e informaciones.

La calidad de juez del doctor Juan José García Rivera para la época de los hechos está comprobada con las copias de los acuerdos de nombramiento y confirmación, con el acta de posesión y con la certificación sobre el tiempo de servicio (fls. 29, 30, 32 y 33 del cuaderno principal).

En virtud de las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1. *Revocar* la providencia apelada, de origen y fecha anotados en la parte motiva de esta providencia.

2. Disponer que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta abra la correspondiente investigación penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CONCEPTO FISCAL

La ausencia del concepto fiscal previo a la calificación del sumario no constituye violación de las formas propias del juicio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 39.

Vistos:

Por vía de apelación procede la Sala a revisar la providencia de 17 de febrero de 1982 proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual se llamó a responder en juicio criminal al doctor *Ramón Hinestroza Rodríguez*, Exjuez Tercero de Instrucción Criminal —Ambulante—, por el delito de detención arbitraria.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto recurrido con la advertencia de que el delito cometido por el acusado es el contemplado en el artículo 296 (prolongación indebida de la detención) y no el 295 del Código Penal del 36 por el cual fue llamado a juicio en primera instancia. Solicita de la Sala proceder a la citada reforma.

Hechos:

Se hallan consignados en autos de la siguiente manera:

"El Personero Municipal de Bagadó (Chocó), en unión de varios ciudadanos de la localidad, pone en conocimiento del Tribunal las arbitrariedades cometidas por el Juez Tercero de Instrucción Criminal Ambulante, doctor Ramón Hinestroza, contra varias personas, entre ellas el señor Leví Aníbal Moreno Cuesta, empleado público en ejercicio, quien fuera detenido en cárceles y calabozos, durante varios días, con el pretexto de que rindiera indagatoria, sin atender su calidad de funcionario público y sin que mediara circunstancia que justificara su comportamiento".

Por auto de 6 de julio de 1981 se abrió la correspondiente investigación penal y dentro de ella se oyó extensamente al acusado y se practicó diligencia de inspección judicial al proceso que originó la denuncia.

De esta última se pudo comprobar que con fecha 9 de enero de 1981 el doctor Hinestroza Rodríguez libró boleta de citación al sindicado Moreno Cuesta por intermedio de la Estación de Policía de Bagadó y que, el 12 siguiente fue informado sobre el resultado negativo por hallarse el sindicado, al parecer, en la ciudad de Quibdó. El mismo día se libró marconigrama al Director de la Seccional de Instrucción Criminal del Departamento solicitando la captura de Moreno Cuesta con intervención del Agente de Policía que prestaba sus servicios en esa dependencia. Iguales comunicaciones telegráficas de captura fueron libradas con destino al Departamento Administrativo de Seguridad y de Policía del F-2 en la ciudad de Quibdó.

El 15 de enero del mismo año, Moreno Cuesta fue conducido por agentes del F-2 en cuyo oficio se consignó "...me permito poner a disposición de ese juzgado al señor Leví Aníbal Moreno Cuesta, 34 años, de profesión Licenciado y *empleado público en ejercicio...*" (subraya la Sala).

Mediante memorial de 18 de enero del apoderado del sindicado (se le recibió indagatoria los días 17 y 18), advierte al juez Hinestroza que su defendido ostenta el cargo de Jefe de la División Operativa de la Secretaría de Educación, el cual, según constancia de la Secretaría del Despacho fue recibido en la misma fecha.

Para comprobar su afirmación, presentó adjunta certificación al respecto, del siguiente tenor:

"República de Colombia, Departamento del Chocó, Secretaría de Servicios Administrativos. *Constancia.* El suscrito Jefe de la División de Recursos Humanos *hace constar:* Que el señor Leví Aníbal Moreno Cuesta, es empleado al servicio del Departamento y en la actualidad se desempeña como Jefe de la División Operativa de la Secretaría de Educación".

Durante los días 19, 20 y 21 de enero se realizaron varias diligencias de careo y, el 22 se dictó providencia por medio de la cual se decretó la detención de varios sindicados, se dispuso solicitar la suspensión del cargo que ejercía Moreno Cuesta y se le dejó en libertad con presentaciones mientras operaba esta, sin exceder del término legal. El 23 fue notificada la decisión personalmente a los inculpados y el mismo día se libró boleta de libertad al Director de la cárcel en favor de Moreno Cuesta.

Cerrada la investigación, el Tribunal llamó a responder en juicio criminal al acusado por considerarlo incurso en el delito de detención arbitraria previsto en el artículo 295 del Código Penal de 1936. No se obtuvo concepto previo del Ministerio Público.

La anterior circunstancia sirvió de base al procesado para solicitar la nulidad del auto enjuiciatorio por cuanto, en su opinión, se violó el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal que así lo dispone. Negada la nulidad por el Tribunal, se concedió el recurso de apelación interpuesto por el encausado contra el auto de proceder.

Consideraciones de la Sala:

Aunque en la instancia se negó la nulidad del llamamiento a juicio, resulta oportuno hacer algunas reflexiones sobre ella ya que de existir la Sala tendría que decretarla en forma oficiosa y abstenerse de hacer pronunciamiento de fondo.

Mediante auto de 14 de enero de 1982, se declaró cerrada la investigación y se ordenaron los traslados de ley. Al día siguiente se le notificó personalmente al Fiscal del Tribunal y el 26 al procesado. Causó ejecutoria el auto que así lo dispuso el 29, y el 30 fueron puestas las diligencias en Secretaría a disposición de las partes. Vencido el término, pasó el proceso al Despacho para calificación sin concepto fiscal con la solicitud del procesado de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y subsidiariamente de sobreseimiento definitivo.

Por auto de 17 de febrero de 1982, que es ahora materia de recurso, el Tribunal de Quibdó negó la cesación de procedimiento y profirió auto de llamamiento a juicio, sin el concepto del Ministerio Público, en ambos casos.

Lo referente a la no obtención del concepto previo del fiscal para resolver la posible aplicación del citado artículo 163, no suscita dificultad alguna, pues bien pudo y puede entenderse, por la naturaleza del momento procesal en que la petición fue formulada, que se trataba de una alegación dirigida a obtener una calificación favorable del sumario, sobre todo cuando en ella misma se impetraba un sobreseimiento definitivo.

Tal como lo advierte el señor Procurador Delegado, la causal de nulidad elevada por el procesado no tiene respaldo alguno. Si bien es cierto el artículo 477 del Código Procedimental hace obligatorio el concepto del Ministerio Público ante la Corte, Tribunales Superiores y Jueces Superiores, el no hacerlo, constituye falta disciplinaria atribuible al funcionario, pero jamás como lo pretende el acusado, nulidad de rango constitucional por violación de las formas propias del juicio.

Lo anterior hace que la Sala deba pronunciarse sobre el auto recurrido y, consecuencialmente, ordenar se compulsen copias de lo pertinente para que la Procuraduría Regional de Quibdó proceda de conformidad con el estatuto disciplinario que regula la materia.

Se atribuye al doctor Hinestroza Rodríguez la comisión del delito de detención arbitraria al ordenar la retención de Levi Aníbal Moreno Cuesta quien para la época de los hechos tenía la calidad de funcionario público como que era Jefe de la División Operativa de la Secretaría de Educación del Departamento y, no obstante existir prueba de ello en el proceso, lo mantuvo detenido por varios días sin ordenar su libertad en forma oportuna, como lo tiene previsto el Código de Procedimiento Penal.

En el informe rendido por el Departamento de Policía F-2 con oportunidad de la captura de Moreno Cuesta, se dice que quedaba a disposición del funcionario y que el capturado era empleado público en ejercicio. Esto es, el doctor Hinestroza Rodríguez tuvo conocimiento

oficial de la calidad del capturado desde el mismo momento en que fue puesto a su disposición (enero quince de 1981). No obstante lo anterior, libró boleta de retención en la misma fecha y remitió al capturado a la cárcel de la localidad. Durante los días 17 y 18 recibió declaración indagatoria al sindicado.

Si en gracia de discusión, la constancia del Jefe de Policía no era medio adecuado para acreditar su calidad de empleado público, el 18 le fue presentada certificación del Jefe de la División de Servicios Administrativos del Departamento, documento suficiente para demostrar la calidad susodicha.

Acreditada la calidad, se repite, el 18 de enero, el juez dispuso la práctica de varias diligencias los días 19, 20 y 21 de enero, diligencias que se realizaron con intervención del procesado Moreno Cuesta en calidad de capturado. Sólo el 22 le resolvió su situación jurídica mediante auto de detención, ordenando su libertad mientras se hacía la solicitud de suspensión del cargo y la Gobernación del Departamento la decretaba.

Pero es más grave aún, el hecho de habérsele notificado la decisión hasta el día siguiente y librar la boleta de libertad en esa fecha. No aparece razonable que en un municipio como Bagadó, no se notifique y ordene la libertad de un ciudadano el mismo día en que se decreta.

En suma es evidente que la orden de captura librada por el juez acusado se ajustaba a la ley, pero una vez materializada, nacía para el funcionario la obligación de proceder a la liberación de aquél desde el momento mismo en que se acreditó la calidad de funcionario público. El no haber procedido así, lo hace incurso en detención arbitraria por prolongación indebida de la privación de libertad en la persona de Moreno Cuesta (art. 296 del C. P. de 1936).

Cabe entonces razón al Ministerio Público cuando advierte que: "La conducta del doctor Ramón Hinestroza, se estima constitutiva de delito de detención arbitraria en los términos del artículo 296 del Código Penal vigente para la época en que se llevó a cabo (enero 15 a 22 de 1981) y en el actual Código Penal continúa siendo punible (art. 273), sancionado con mayor severidad, debiendo aclararse que la figura delictiva se relaciona con la prolongación irregular de la detención del capturado, que tuvo efecto a partir del momento en el cual, el juez acusado, cumplida la captura por él ordenada y demostrada la calidad de empleado público del procesado ante su Despacho y sin que mediara suspensión previa, no lo puso en libertad. Aspecto en el cual conviene precisar el cargo".

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

Resuelva:

1º *Confirmar* el auto recurrido con la modificación anotada en la parte motiva de esta providencia.

2º *Ordenar* que por la Secretaría de la Sala se compulsen copias de lo pertinente con destino al Procurador Regional de Quibdó, de conformidad con lo dicho en esta decisión.

Cópiese, notifíquese y por el Tribunal de instancia, hágase saber al encausado la modificación impartida al auto recurrido.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No estoy conforme con la estimación mayoritaria, que apoya en este punto el criterio expuesto por la Delegada, respecto de la segundariedad que se asigna a la intervención del Ministerio Público. No encuentro lógico afirmar la obligatoriedad de su concepto (art. 477 del C. de P. P.) y, al mismo tiempo, considerarlo algo intrascendente, innecesario o prescindible, al punto que su omisión sólo "constituye falta disciplinaria atribuible al funcionario, pero jamás como lo pretende el acusado, nulidad de rango constitucional por violación de las formas propias del juicio".

Entiendo como más justa y técnica valoración esta última censura, al menos dentro del esquema procesal de nuestro estatuto. Conviene advertir el equilibrado rango que, en el mismo, asumen procesado, Ministerio Público y apoderados. El sistema le da una importancia destacadísima a este representante de la sociedad. Un repaso de las normas del procedimiento, así como el papel que la Constitución Nacional le asigna, demuestra la verdad de este aserto. Por eso la constante información que debe suministrársele, por eso su permanente intervención en los más variados aspectos del proceso, por eso la amplitud de sus funciones y por eso la forma incesante como el código establece que es necesario oír su opinión antes de tomar determinadas decisiones, v. gr. incidentes excarcelatorios, calificación del sumario, audiencia, etc. Todo esto indica, a las claras, que este rol procesal es de esencia y no fase accesoria o circunstancial. Su apreciación orienta al juez en su determinación, alerta sobre los derechos del ofendido o del mismo procesado y advierte a este último, en cuestión que tiene mucho que ver con el debido proceso (derecho de defensa), cuáles son los aspectos de cargo que debe tener en cuenta para el término probatorio de la causa o para las alegaciones de audiencia o en subsiguiente actuación.

No está, pues en manos del juez señalar, si se oye o no al Ministerio Público, ya que tiene la obligación de abrir esta oportunidad; y no está en la agencia fiscal dar el concepto u omitirlo. El código en los artículos 478 y 479 especifica cómo debe expresarse la opinión fiscal de enjuiciamiento y cómo la de sobreseimiento y el 477 ordena al Ministerio Público *estudiar* "el expediente para que, de acuerdo con los hechos demostrados en el mismo, *emita* por escrito su concepto, dentro del término de permanencia en la secretaría establecido en el artículo 472" —Subrayo—.

Entonces, si la ley manda que se le dé traslado, si tiene el compromiso de estudiar el expediente y la ineludible obligación de emitir concepto, el cual ha sido reglado en su contenido, cómo puede mirarse esta actuación en el nivel de lo prescindible, sin que tal omisión im-

plique la nulidad de lo actuado? No encuentro, ciertamente, lógica alguna entre los preceptos del estatuto de procedimiento penal y la interpretación de la mayoría, y menos la anuencia de la Procuraduría a entender en esta forma los aludidos textos, cuando su propia condición le debió llevar a reclamar solución diferente, recordando el significado de la institución y la importancia de su tarea judicial.

Que la inactividad, la ineficiencia, la renuencia, etc., deban castigarse con el rigor del poder disciplinario y aún con las sanciones penales (v. gr. abuso de autoridad), es una cosa. Pero otra, muy distinta y compatible con la primera, es la anulación de lo actuado con violación de las comentadas disposiciones. Lo uno no se opone a lo otro, sino que se integran.

Con la tesis que censuro se abre amplio camino para que, jueces interesados en no saber qué piensa el Ministerio Público en un determinado caso, prescindan del correspondiente traslado, ya que esta falta apenas implica una respuesta en el campo disciplinario. O, también, para un Ministerio Público despreocupado, negligente o interesado en que tampoco se sepa qué es lo que piensa en un espinoso proceso, silencie su opinión.

Lo que debe hacerse es exigir, con los medios legales, el cumplimiento de esta obligación procesal insustituible, y, mientras tanto, impedir que el expediente tenga un curso vicioso, irregular e inválido.

De ahí mi disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES
DECRETO 1188 DE 1974

Sustancias que producen dependencia. Definición de conceptos. Tipificación de conductas. Medidas de prevención y rehabilitación. Reglamentación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 39.

Vistos:

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de aquella ciudad, interpuso el recurso extraordinario de casación el procesado.

Hechos:

En las horas de la tarde del 10 de abril de 1981 en la ciudad de Medellín, un soldado y un trabajador de la aduana vieron a un sujeto que daba muestras de estar bajo los efectos de una droga; por tal motivo lo siguieron y luego al requisarlo le encontraron 220 pastillas de mandrax. Este individuo que dijo llamarse John Raúl Ortiz Montoya expresó que evidentemente acaba de comprar esas pastillas para su uso voluptuoso y que se las había vendido un dependiente de la droguería "Los Angeles", quien finalmente fue identificado como Jorge Eliécer Silva.

Actuación procesal:

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Medellín dispusiera la iniciación de la investigación, en providencia del 11 de abril de 1981. Ese mismo juzgado recibió la indagatoria de John Raúl Ortiz Montoya el 14 de los mismos mes y año, en contra de quien profirió auto de detención preventiva el 20 de abril siguiente.

De conformidad con el dictamen de los expertos (fl. 20) las tabletas decomisadas corresponden a "Metacualona más Difenhidramina

MANDRAX, sustancia sujeta a control oficial, Decreto 1188 de 1974. Produce farmacodependencia".

El Juez de Instrucción recibió indagatoria a Jorge Eliécer Silva el 12 de mayo de 1981 y por medio de auto del 1º del mismo mes ordenó su privación preventiva de libertad. Este auto fue apelado y confirmado por el Tribunal de Medellín el 27 de mayo de 1981.

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín clausuró la etapa investigativa el 22 de julio de 1981. Ese mismo juzgado calificó el mérito del sumario el 22 de agosto del mismo año cuando dispuso abrir causa criminal contra los sindicados Silva y Ortiz Montoya "por uno de los delitos innominados que consagra el capítulo V del Decreto 1188 de 1974". El Tribunal Superior de Medellín conoció de esta providencia por vía de apelación y la confirmó integralmente el 22 de octubre de 1981.

Dentro del período probatorio de la causa se recibieron algunos testimonios y, finalmente, el 8 de febrero de 1982 se verificó la diligencia de audiencia pública.

El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia del 8 de marzo de 1982. En ella condenó a John Raúl Ortiz Montoya a la pena de tres años de prisión, multa de cinco mil pesos y a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal. Jorge Eliécer Silva fue condenado a la pena de cuarenta meses de prisión, multa de seis mil pesos, a la correspondiente interdicción de derechos y funciones públicas y a la prohibición para ejercer la farmacia por cuatro años. A este último procesado se le negó la condena condicional que al primero había sido concedida.

El Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia de condena el 30 de julio de 1982, con la modificación consistente en imponer a Silva la pena de 36 meses de prisión y de concederle el beneficio de la condena de ejecución condicional.

La demanda de casación:

El señor defensor del procesado Jorge Eliécer Silva presentó demanda de casación en la que solicita que el fallo impugnado se case por cuanto se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, ya que el juez que tramitó la causa y dictó la sentencia no era el competente.

Estima el demandante que el Decreto 1188 de 1974 acepta la posesión, conservación y suministro de sustancias que producen dependencia por parte de establecimientos de salubridad, droguerías y farmacias, por autorización y bajo el control del gobierno, a través del Ministerio de Salud Pública. El mal manejo de los productos sometidos a control representa la comisión de infracciones de naturaleza contravencional.

Los distintos comportamientos delictivos previstos en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, parten del supuesto de

que quien los realiza obra "sin permiso de autoridad competente", lo que lo lleva a concluir que "...la ausencia de permiso por parte del gobierno, hace que la conservación, el suministro, el transporte, la venta de la droga de control oficial, sean considerados como delito de acuerdo con la hipótesis delictual del artículo 38. En cambio, al mal manejo de esos productos por parte de los laboratorios, farmacias y droguerías que tengan licencia otorgada por el gobierno, permiso de autoridad competente, constituye una contravención".

Como el procesado Silva trabajaba en una empresa con permiso de autoridad competente, para expedir droga de control mediante fórmula médica, su comportamiento no lo recoge el artículo 38 del citado ordenamiento, por falta del elemento normativo incluido en esa disposición.

De otra parte expresa que la figura típica que dio lugar a la condena exige un elemento de contenido extrajurídico o en la expresión "droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica"; sin embargo la norma señala en forma expresa algunas de esas sustancias (marihuana, cocaína, morfina y heroína), que no requieren constatación científica de que generan dependencia; en cambio de las demás sustancias es necesario que la droga figure en las listas de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o el Ministerio de Salud Pública. Esto lo lleva a concluir que la realización de cualquiera de las conductas con relación a las sustancias mencionadas en forma expresa, constituye delito, "en cambio, la realización de uno de los actos condicionalmente permitidos, sin satisfacer las condiciones fijadas, venta de droga farmacológica sin fórmula médica, origina un ilícito administrativo que conlleva una sanción de ese mismo género".

Como la conducta de Silva es atípica desde el punto de vista delictual, aun cuando pudiera ser violatoria del régimen contravencional, la autoridad competente para conocer no es la Rama Jurisdiccional (art. 65 del Decreto 1188 de 1974), razón por la cual se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del recurrente, pues de las normas del estatuto de estupefacientes no puede llegarse a la conclusión de la demanda, habida cuenta de que sería tanto como aceptar que el tráfico de estas sustancias por parte de los establecimientos autorizados, no constituye delito.

En el caso que se examina, el procesado no estaba autorizado para administrar o vender droga, ni al hacerlo tuvo en cuenta fórmula o receta médica que indicara su uso terapéutico; por el contrario se expidió sin tal requisito y en crecida cantidad, para deleite de un adicto, lo que ubica el comportamiento del procesado dentro de la previsión del artículo 33 del estatuto que dio lugar a la condena. En consecuencia, no existe la nulidad alegada por el recurrente.

Consideraciones de la Corte:

El Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974), reglamenta en forma detallada todos los aspectos relacionados con las sustancias que producen dependencia física o síquica, pues además de definir los conceptos cuya precisión legislativa era indispensable, de tipificar las conductas punibles, tanto de naturaleza delictual como de índole contravencional y de señalar el destino que debe darse a la droga incautada, contempla medidas de prevención y rehabilitación y la reglamentación administrativa indispensable para la fabricación y distribución de aquellas sustancias que aun cuando se utilizan con fines voluptuosos, pueden ser empleadas con propósitos terapéuticos.

Tanto las conductas delictivas reguladas en el capítulo quinto del estatuto, como las de carácter contravencional contempladas en el capítulo sexto, están claramente tipificadas al punto de que difícilmente podrían presentarse equívocos en su debida delimitación. En efecto, mediante las contravenciones se sanciona el incumplimiento de algunas medidas previstas en este ordenamiento y orientadas a informar y disuadir a potenciales usuarios (arts. 54 y 58), la venta de jeringas y agujas hipodérmicas en cuanto a través de este medio se puede facilitar el uso de ciertas sustancias y, concretamente en relación con las droguerías y farmacias, se reprime el depósito de especialidades farmacéuticas que contegan drogas o sustancias que producen dependencia, en cantidad superior a la autorizada, así como la oposición a las medidas de inspección y vigilancia previstas en el artículo 35 de la reglamentación citada. También se ha previsto en este capítulo la cancelación de la visa, permiso o tarjeta de turismo concedidas al extranjero respecto de quien existan serios motivos para suponer que se encuentra vinculado a la producción, tráfico o consumo de esta clase de sustancias.

El procesado Jorge Eliécer Silva fue enjuiciado y condenado por haber vendido 200 pastillas de "Mandrax" a John Raúl Ortiz Montoya, conducta que en manera alguna aparece consagrada como infracción de carácter contravencional, pues los hechos punibles de tal naturaleza se refieren únicamente a los comportamientos indicados en precedencia.

El artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, que fue la norma aplicada en la sentencia de condena, tipifica el tráfico de sustancias que generan dependencia. A juicio del recurrente esta disposición no era la llamada a regular el comportamiento del actor, por cuanto el elemento de naturaleza normativa en ella utilizado "sin permiso de autoridad competente" impide que esta disposición se aplique a los empleados de las droguerías o farmacias, pues justamente estos establecimientos disfrutan de permiso para el suministro y expendio de esta clase de especialidades farmacéuticas.

El planteamiento del casacionista no es razonable y de aceptarse tendría que llegarse a la conclusión de que en ningún caso el propietario de una farmacia o droguería o sus empleados podrían traficar con este tipo de drogas, habida cuenta de que estos establecimientos y sus empleados poseen permiso expedido por el Ministerio de Salud Pública para conservar y expender estas drogas.

Es verdad que las conductas previstas en el artículo 38 del estatuto pueden ser realizadas válidamente por personas que disponen del correspondiente permiso, en atención a que el poder terapéutico de algunas de esas sustancias hacen necesaria su utilización y, por lo tanto explican su almacenamiento, conservación y venta. No obstante, para que tales comportamientos sean lícitos requieren no solamente de la existencia de un permiso válido, sino que se necesita que el comportamiento esté orientado precisamente a satisfacer una necesidad terapéutica.

En consecuencia, cuando el propietario o empleado de una droguería o farmacia, se dedica al tráfico de fármacos, incurre en la conducta prevista en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. En efecto, la adecuación típica se da con relación a esta figura, pues el permiso que concede el Ministerio de Salud Pública sólo cobija a las sustancias que pueden ser empleadas con propósitos curativos y cuando tales sustancias se expeden en la forma indicada en el artículo 32 del estatuto que exige que la prescripción de preparados en cuya composición entren sustancias que producen dependencia, se limitará a dosis terapéuticas y habrá de hacerse en los formularios oficiales especialmente diseñados, de modo que cuando las dichas sustancias se suministran sin fórmula que la prescriba, en cantidad que no sea terapéutica y sin finalidades de esta índole, se habrá violado la citada disposición penal.

Tampoco es exacto que el legislador haya establecido diverso tratamiento para las sustancias que mencionó en forma expresa (marihuana, cocaína, morfina y heroína) y las demás que ocasionan cualquier clase de dependencia, en el sentido de que respecto de las primeras su expendio necesariamente constituye tráfico, mientras que con relación a las demás la existencia de un permiso legitima su conservación y venta. Este planteamiento carece de sustento lógico y jurídico pues en las actas de la comisión que redactó la Ley 17 de 1973, que fue textualmente incorporada al estatuto, se destacó que se mencionarían en forma expresa las sustancias utilizadas en mayor grado en nuestro medio y las demás bajo la expresión "droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica", no con el ánimo de establecer ninguna diferencia, sino como mecanismo legislativo utilizado en otros ordenamientos para facilitar la tarea interpretativa. Además, tampoco es correcto suponer que las mencionadas en forma expresa carecen de poderes terapéuticos, pues la morfina por ejemplo se utiliza con finalidades médicas, ni que las demás sustancias tengan todas propiedades curativas, pues son muchas las que únicamente se emplean para deleite de farmacodependientes, tales como el LSD y gran cantidad de alucinógenos. De manera que es inexacto afirmar que el tráfico de Mandrax, por un farmacéutico que sólo perseguía una finalidad lucrativa, sea conducta que no corresponde a la descripción típica que dio lugar a la condena.

Conviene igualmente anotar que las pastillas de "Mandrax" son un compuesto de metacualona, sustancia que produce dependencia, tal como en este proceso quedó establecido de conformidad con dictamen pericial. Además, la metacualona es sustancia que aparece incluida en las listas del Ministerio de Salud Pública (Resolución 0010 de 1978) y

listas de la Organización Mundial de la Salud, como se destaca en los autos.

En estas condiciones el proceso fue bien calificado y tramitado y, por lo tanto, la nulidad invocada no tiene existencia legal. Además, es conveniente anotar que cuando el impugnante estima que se ha presentado una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, a este corresponde no solamente demostrar la existencia del error, sino precisar cual ha debido ser la calificación correcta, cuestión ésta que se omitió en el caso presente, pues el recurrente se limitó a decir que los hechos constituían contravención, pero sin tomarse el trabajo de precisar cuál era la infracción de esta clase que en concreto se había cometido.

De conformidad con las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS

REVOCACION DIRECTA

DECRETO 2733 DE 1959

DISPOSICIONES DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL

Pueden ser revocadas en cualquier tiempo, con excepción de aquellas providencias o actos ejecutoriados que se hallen sometidos al control de los Tribunales Contenciosos, que afectan o benefician a gran parte de la comunidad, no pueden predicarse como de interés particular ya que estas no son dictadas intuitu personae

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Abogado asistente: *Doctor Alberto Mora Cogollos.*

Aprobado: Acta número 40.

Vistos:

Clausurada nuevamente la etapa investigativa dentro de estas diligencias adelantadas contra el doctor *Donato Duque Patiño* por actos ejecutados durante el ejercicio del cargo de Gobernador Encargado de Antioquia, la Corte entra a calificar el mérito del sumario.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita se profiera sobreseimiento definitivo en favor del acusado por cuanto su conducta se ajustó a los ordenamientos legales.

Hechos:

En providencia de 11 de diciembre de 1981 mediante la cual la Sala sobreseyó temporalmente al acusado, se consignaron de la siguiente manera:

"El doctor Jorge Mario Córdoba García, para la época que desempeñó el cargo de Director de la Oficina Departamental de Catastro de

Antioquia, en uso de sus precisas facultades legales y en especial de las que confieren los Decretos números 585 de 1964, 216 de 1956; y, de las Ordenanzas números 23 de 1960 y 73 de 1979, a solicitud del Alcalde de Rionegro, doctor Cristóbal Fernández se propuso durante el segundo semestre de 1979, resolver de manera más técnica y justa la propiedad catastral de los predios rurales de los municipios de La Ceja y Rionegro.

Para tal efecto expidió las Resoluciones 791 y 840 de noviembre de 1979, en las que determinó las tasas para el reavalúo y las 840 *bis* y 845 del mismo mes y año en las que señala el nuevo avalúo sobre el que debía liquidarse el impuesto predial correspondiente.

De acuerdo a los funcionarios del catastro, las Resoluciones mencionadas fueron el fruto de largos estudios aerofotográficos, de prediación, nivelación, levantamiento cartográfico y división en zonas sociales, con índices estadísticos del valor de las transacciones de tierras y en fin, con la asesoría de profesionales de la economía.

La verdad fáctica era que esos reavalúos iban a afectar directamente al Secretario de Hacienda Departamental Hugo Echeverry Gómez, quien era propietario en Llano Grande, Municipio de Rionegro,

Así, pues, el 30 de noviembre de 1979, el Gobernador Encargado y el Secretario de Hacienda, publicaron la Resolución número 015 mediante la cual se revocaron las del Director de la Oficina de Catastro Departamental de avalúos de los Municipios de La Ceja y Rionegro, por consideraciones de fallas fundamentales de orden técnico y por no estar acordes con el interés público.

El periódico 'El Colombiano' de Medellín, insinuaba que la revocatoria favorecía a un sobrino del Gobernador y al Secretario de Hacienda, publicación que conocida por el Juez Penal del Circuito de Andes dio lugar a la presente investigación".

Actuación procesal:

Con fundamento en la denuncia del señor Juez Penal del Circuito de Andes por auto de 17 de enero de 1980 el Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal de Medellín ordenó la práctica de diligencias preliminares y, de conformidad con el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal ordenó la remisión de ellas a esta Sala por ser de su competencia. Acreditada en debida forma la calidad de Gobernador Encargado del Departamento de Antioquia que tenía el doctor Donato Duque Patiño por la época de los hechos, se abrió la correspondiente investigación penal el 16 de junio del mismo año.

Como el acusado al rendir indagatoria ante el funcionario comisionado solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, por auto de 18 de noviembre de 1980 se despachó negativamente la petición de cesación de procedimiento y se dispuso expedir copias de lo pertinente, con destino al Juez Penal del Circuito de Medellín para que investigara la conducta del Secretario de Hacienda doctor Hugo Echeverry Gómez por cuanto el cargo que ocupaba no le otorgaba fuero para ser juzgado por la Corte.

Clausurada la investigación, acorde con el Ministerio Público, la Sala mediante providencia de 11 de diciembre de 1981 sobreseyó temporalmente al doctor Duque Patiño a fin de proceder a la práctica de las diligencias sugeridas por la Agencia Fiscal ya que las aportadas al proceso no arrojaban motivos suficientes para sobreser definitivamente al funcionario o para llamarlo a responder en juicio criminal.

Dentro de la nueva etapa investigativa se practicaron numerosas pruebas que llevaron al señor apoderado del sindicado a elevar nueva solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, la que le fue negada por auto de 3 de agosto de 1982, no obstante el concepto favorable del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal por cuanto no se hallaba debidamente acreditada la competencia del señor Gobernador para revocar las decisiones sobre reavalúos emanadas de la Oficina de Catastro Departamental.

Incorporadas a los autos las normas que la Sala consideró indispensable para determinar la competencia y realizada la diligencia de confrontación entre el acusado y el denunciante, por auto de 24 de noviembre último se cerró nuevamente la investigación, procediendo la Sala a calificar su mérito.

Se considera:

La Asamblea Departamental de Antioquia el 30 de noviembre de 1978 expidió la Ordenanza número 54 por medio de la cual se otorgaron facultades al señor Gobernador para "reorganizar la administración departamental" con la finalidad de modernizar, tecnificar, agilizar su funcionamiento y lograr una mejor coordinación entre los organismos y dependencias que la integran.

En cumplimiento y desarrollo de la citada ordenanza, la Gobernación expidió el Decreto 1021 de 1979 en el cual se determinó la estructura orgánica de la Secretaría de Hacienda. Y en su artículo con relación a la División de Catastro, ordena:

"Adscrita a la Asistencia Administrativa de la Secretaría, funcionará la División de Catastro con las siguientes funciones:

Función básica:

Realizar y revisar periódicamente los avalúos de la propiedad urbana y rural; registrar el movimiento de los mismos; controlar el pago del impuesto predial, dirigir y coordinar levantamientos planimétricos y deslinde de las zonas rurales y urbanas.

Funciones específicas:

a) Realizar y revisar periódicamente los avalúos de las propiedades urbanas y rurales, con destino a la liquidación de impuesto predial;

b) Registrar..."

El artículo 8º del citado decreto dice:

"La Junta de Catastro estará compuesta:

a) Por el Gobernador del Departamento, quien la presidirá en ausencia suya por el Secretario de Hacienda; por un Secretario del Despacho nombrado por el Gobernador, de distinta filiación política a la de él, o a la del Secretario de Hacienda".

Y el artículo 9º *ibídem*, prescribe:

"Son funciones de la Junta de Catastro Departamental las siguientes:

a) Conocer en segunda instancia de las apelaciones interpuestas contra las providencias emanadas de la Oficina de Catastro Departamental".

Quiere decir lo anterior que la Oficina de Catastro Departamental estaba facultada para dictar las resoluciones de reavalúos de predios rurales y urbanos con destino a la liquidación del impuesto predial. Contra dichas decisiones, eran procedentes los recursos de reposición para ante el mismo funcionario que las expidió, esto es, el Director de la Oficina de Catastro y, el de apelación, para ante la Junta de Catastro Departamental que conoce en segunda instancia de las providencias emanadas de la Oficina de Catastro.

Producidas las Resoluciones 791, 840, 840 *bis* y 845 de 1979 por la División de Catastro Departamental, los ciudadanos afectados por las nuevas medidas de reavalúo, acudieron masivamente en busca de una solución inmediata procediendo a elevar por escrito su reclamo a fin de obtener la revocación de la medida adoptada.

Resulta claro dentro del plenario que varios ciudadanos concurrieron a la Oficina de Catastro a presentar sus escritos y que, un sobrino del Gobernador Encargado telefónicamente le solicitó que interviniera ante la citada oficina para que procedieran a recibir los escritos. El doctor Duque Patiño llamó a la División correspondiente y ordenó que recibieran las reclamaciones si llenaban los requisitos legales.

Reunida la Junta de Catastro y presidida por el Secretario de Hacienda en representación del señor Gobernador, en forma unánime se le puso de presente al doctor Jorge Mario Córdoba la necesidad de revisar las medidas adoptadas por la oficina a su cargo, obteniéndose airada protesta del autor quien predicó su autonomía para proferir los reavalúos catastrales del orden departamental.

Tal circunstancia hizo que el Secretario de Hacienda del Departamento consultara al Jefe de la Oficina Jurídica sobre la posibilidad de solucionar tan delicado problema social por los medios legales y fue así como se elaboró la Resolución número 015 del 30 de noviembre de 1979 la que le fue puesta a consideración al Gobernador doctor Donato Duque Patiño que por hallarla ajustada a la ley procedió a impartir su aprobación.

La citada resolución dice:

"RESOLUCION NUMERO 015 DE 1979 (30 de noviembre de 1979). Por medio de la cual se revocan unas resoluciones expedidas por el

Director de la Dirección de Catastro Departamental. EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA en uso de sus atribuciones legales, y, CONSIDERANDO: a) Que el Director de la Dirección de Catastro Departamental expidió las Resoluciones números 791, sin fecha y 840 con fecha 20 de este mes, por medio de las cuales se determinan, respectivamente, los valores de la tierra en la zona rural del Municipio de La Ceja y en parte de la zona rural del Municipio de Rionegro; b) Que mediante las Resoluciones números 840 expedida con fecha 27 de este mismo mes, y 845 que lleva fecha 23, también de este mes, el señor Director de la Dirección de Catastro dispuso algunas modificaciones en el catastro vigente del Municipio de Rionegro y unos cambios en el catastro del Municipio de La Ceja; c) Que al revisar las cuatro resoluciones especificadas en los literales precedentes, se encontró que adolecen de fallas fundamentales que necesariamente deben ser corregidas antes de que puedan entrar en vigencia; d) Que en consecuencia, es procedente, con base en lo dispuesto por el artículo 21, literal b) del Decreto 2733 de 1959, revocar oficiosamente las resoluciones citadas, por cuanto que se ha encontrado que no están conformes con el interés público o social y, por el contrario atentan contra él. RESUELVE: Artículo 1º. Revocar las Resoluciones números 791 de 1979 y 840, expedida con fecha 20 de este mes, por el señor Director de la Dirección de Catastro Departamental. Artículo 2º. Revocar igualmente las Resoluciones números 840 y 846, expedidas también por el señor Director de Catastro Departamental, con fechas 27 y 23, respectivamente, de este mes de noviembre. Artículo 3º. La presente resolución rige a partir de la fecha de expedición. Dado en Medellín, a los treinta (30) días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979). CUMPLASE. Fdos. DONATO DUQUE PATIÑO. GOBERNADOR ENCARGADO. HUGO ECHEVERRY GOMEZ. SECRETARIO DE HACIENDA".

El Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 19 de 1958, expidió el Decreto 2733 de 1959 por medio del cual reglamentó el derecho de petición y dictó normas sobre procedimientos administrativos, en su Capítulo III, "De la revocación Directa de los Actos Administrativos", prescribe:

"Artículo vigésimoprimero. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos: a)...; b) Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él".

"Artículo vigésimosegundo. La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, y en relación con providencias o actos ejecutoriados o que se hallen sometidos al control de los Tribunales Contenciosos, siempre que en este último caso no se haya dictado sentencia definitiva".

El primero de los artículos transcritos otorga facultad al propio funcionario para revocar directamente, esto es, sin consideración a los recursos que puedan caber en cada caso, sus decisiones o, a sus inmediatos superiores, ya sea de oficio o a solicitud de parte en los casos expresamente contemplados en él.

El segundo, predica la oportunidad para hacerlo, esto es, en cualquier tiempo, con la excepción de aquellas providencias o actos ejecutoriados que se hallen sometidos al control de los Tribunales Contenciosos, cuando se ha proferido sentencia definitiva.

En el presente caso, se trataba de un acto de la Administración del orden Departamental cuya revocación podía hacerse de oficio y en el momento en que se hizo ya que no se hallaba sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni existía acción en la cual hubiese recaído decisión definitiva por este ramo.

En la resolución tachada de ilegal y que originó esta investigación, se tuvo como motivo el establecido en el artículo vigésimoprimero, literal b) del Decreto 2733 antes transcrito para lo cual la Sala procederá más adelante a consignar sus consideraciones sobre la justificación y existencia de ellos.

Se discute igualmente la competencia para revocar las resoluciones proferidas por la División de Catastro del Departamento, punto que debe ser precisado con fundamento en las normas vigentes para el momento de expedirse la resolución del señor Gobernador Encargado doctor Donato Duque Patiño.

En el mismo Decreto 2733 de 1959 en su Capítulo II que reglamenta el Procedimiento Gubernativo, artículo décimonoveno, dispone:

"En los asuntos departamentales y municipales se aplicará el mismo procedimiento gubernativo, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de las Asambleas".

La Ordenanza número 54 de 1978 que facultó al Gobernador de Antioquia para organizar la Administración Departamental no estableció esas reglas generales limitándose a delegar en el Gobernador la facultad de crear y suprimir organismos y dependencias o funcionarios, modificar su ubicación dentro de las Secretarías y entidades existentes y reformar su actual organización, objetivos y funciones.

Fue así como el señor Gobernador de Antioquia expidió el Decreto 01021 de 1979 (julio 16), y en su artículo 7º determinó las funciones de la División de Catastro en la forma que se dejó consignado a folio 5 de esta providencia, sin establecer procedimiento alguno sobre las determinaciones de las distintas dependencias de la Secretaría de Hacienda, razón por la cual el Gobernador del Departamento, como inmediato Superior Jerárquico del Director de la Oficina de Catastro, era el funcionario competente para revocar directamente las resoluciones de reavalúo, por mandato expreso del Decreto 2733 de 1959.

No puede hablarse que la Junta de Catastro fuera la única competente para revocar las decisiones del Director de la Oficina de Catastro ya que éste no depende ni funcional ni reglamentariamente de aquella. Tampoco el Secretario de Hacienda puede considerarse como su inmediato Superior, pues la Oficina de Catastro pertenece a una de las varias Divisiones cuyo Director es de libre nombramiento y remoción del señor Gobernador.

Queda, pues, establecida la competencia para proceder en la forma en que lo hizo el doctor Donato Duque Patiño.

Sin embargo, hay que agregar:

En escritos elevados por numerosos ciudadanos afectados con las medidas de catastro, por medio de los cuales recurrieron en reposición, consideraron que muchos predios resultaron gravados en más del mil por ciento del valor que tenían, resultando desorbitante el incremento hasta el punto de ser fijado el valor catastral superior en mucho al valor real de los predios. Hicieron ver al Director de Catastro que sus predios no podían ser avaluados por la extensión de los mismos, ya que algunos, por ejemplo, solamente tienen un 25% de tierras aptas para su producción y sin vías de acceso, cuyo precio es infinitamente inferior al determinado por catastro. Además, el nuevo valor de los predios, se refleja en el pago de impuestos, como el de renta y patrimonio por la llamada renta presuntiva, en los gravámenes por compraventa como gastos notariales, registro, etc., reconociendo, a su vez, los bajos avalúos existentes, pero exigiendo la revocatoria de las medidas para proceder razonadamente al incremento real con base en los estudios de cada predio en particular.

Los anteriores motivos fueron suficientes para que el señor Gobernador considerara que las resoluciones de la División de Catastro no se hallaban de acuerdo con el interés público o social.

Es posible, como lo asegura el denunciante doctor Córdoba García que los reavalúos de los municipios de Rionegro y La Ceja hayan sido el fruto de la más adelantada técnica sobre la materia. Pero también lo es que su resultado no fue el adecuado ya que según palabras de la Subdirectora en su carta de renuncia, se procedió "...utilizando por primera vez, sistemas de aerofotografías y prediación...", sin que obre en autos que para dichos reavalúos se haya, además, tenido en cuenta la precisa extensión del inmueble, su ubicación, clase de terreno, aguas, arborización, niveles, construcciones, vías de acceso, servicios públicos, etc., elementos todos ellos constitutivos del valor real del predio para aplicarlo al catastral y deducir los impuestos de manera justa.

No encuentra la Sala ilicitud alguna en las motivaciones de la resolución proferida por el acusado y en el proceso existe prueba y razones atendibles para predicar que los avalúos efectuados por la División de Catastro afectaban, en parte, el interés público y social de la región.

Por último, *las disposiciones del orden nacional, departamental y municipal, que afectan o benefician a gran parte de la comunidad, no pueden predicarse como de interés particular así ellas afecten o favorezcan a personas muy allegadas al funcionario que las expide, ya que estas no son dictadas* intuitu personae. *En el presente caso, las medidas adoptadas por la Oficina de Catastro no gravan únicamente al sobrino del Gobernador y a su Secretario de Hacienda. Ellos fueron afectados en sus bienes, pero las resoluciones modificaron también el avalúo de cerca de 2.500 predios, o sea, que interesaron a un número*

elevado de propietarios. Sin embargo, debió el señor Gobernador declarar su impedimento.

Tampoco existe prueba alguna valedera que predique que el señor Gobernador Duque Patiño haya querido dictar la resolución movido por intereses personales, ella se debió inequívocamente a que la Sección Jurídica del Departamento recomendó la medida por ser de competencia del Gobernador y por encontrar fundamento en motivos contemplados por la ley para proceder a la revocación directa del acto administrativo de la División de Catastro.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *sobresea definitivamente* en favor del doctor Donato Duque Patiño, por los cargos que se le formularon cuando desempeñó el cargo de Gobernador Encargado del Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CONSEJO VERBAL DE GUERRA. CONVOCATORIA

Como no se trata de auto interlocutorio, sino que es un acto de impulso procesal, ha de notificarse al defensor del procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 40.

Vistos:

Conocerá la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sindicado *Angel Tulio Mosquera Valencia* contra la sentencia de 14 de abril de 1982 mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la condena a 15 años de presidio (que el *ad quem* transformó en prisión) que a aquél le impusiera el funcionario de primera instancia como responsable de homicidio agravado.

El Ponente y el Magistrado Gómez Velásquez, en cuanto al punto de la incompetencia de la justicia castrense para juzgar a personas que no forman parte del ejército, aviación y marina, como militares (y respecto de ellos el delito ha de cometerse "en servicio activo y en relación con tal servicio"), mantienen su criterio disidente, expresado en múltiples salvamentos de voto.

Por acatamiento a opinión mayoritaria de la Sala Penal, se interviene en la redacción y adopción de esta providencia.

Hechos:

En las horas de la tarde del 12 de octubre de 1976 en la ciudad de Buenaventura el soldado Angel Tulio Mosquera, luego de una reunión familiar en la que hubo consumo de bebidas embriagantes, disparó sobre su amante la menor Luz Esmeralda Zamora quien murió varios días más tarde.

Actuación procesal:

Inicialmente el proceso se inició y culminó ante la jurisdicción penal ordinaria con sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó al procesado a la pena de quince años de presidio; recurrido en casación dicho fallo, esta Corporación, en decisión mayoritaria, casó

la sentencia por considerar que se había incurrido en nulidad pues el juzgamiento correspondía a la justicia penal militar en razón de la calidad de soldado que tenía el homicida. Adelantada de nuevo la actuación procesal por la vía castrense, convocose Consejo Verbal de Guerra que culminó con fallo condenatorio confirmado más tarde por el Tribunal Superior Militar.

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal cuarta el actor hace dos cargos a la sentencia a saber: 1. Nulidad constitucional por no haberse notificado al defensor la resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra con lo que se violaron las formas propias del juicio y se vulneró el derecho de defensa; 2. Nulidad constitucional por "ausencia de una defensa eficaz" pues el mismo procesado "asumió su propia vocería sin ser abogado con título y aunque actuó un defensor de oficio, su intervención" fue una parodia de defensa, pues renunció al término de traslado del expediente, no estudió el proceso, y por lo mismo, no defendió adecuadamente a su cliente.

Como tercer motivo de impugnación señala el recurrente la violación directa de la ley sustancial pero en el cuerpo de la causal cuarta, pues en el caso a examen se violó el debido proceso —sus formas propias— porque en el cuestionario se hizo figurar una circunstancia de agravación inexistente, la de indefensión de la víctima derivada de su condición de mujer menor de dieciséis años, cuando la verdad es que ya había superado dicha edad.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares considera que el recurso debe desecharse, en cuanto al primer cargo, porque la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra no es auto de proceder sino decisión de carácter administrativo no notificable ni siquiera al procesado, en la que solamente se hace "la designación del personal que integra el Consejo Verbal de Guerra, el nombre de los acusados, los delitos imputados y demás circunstancias atinentes al desarrollo de las audiencias"; por eso no hubo en tal caso violación de las formas propias de esta clase de juicios; respecto del segundo cargo, porque el procesado nombró como defensor un oficial de la lista que se le puso de presente, el cual intervino en la audiencia "en forma adecuada a los intereses de su defendido"; y en relación con el tercero, porque en la resolución que convocó el Consejo Verbal de Guerra se mencionó genéricamente con el nombre de homicidio al hecho que se le imputó al procesado como lo exige la ley, marco que no se varió al señalarse una específica circunstancia en la comisión del reato.

Considerandos:

Causal cuarta. Primer cargo. *Como diferencia sustancial entre el procedimiento ordinario, tanto de la justicia penal común como de la militar, y el de los Consejos Verbales de Guerra, ha de mencionarse la*

existencia de auto de proceder en aquél y la ausencia de dicho proveído en éste; sabido es que la ejecutoria de aquella providencia marca el límite entre las etapas del sumario y del juicio, a tiempo que "en el procedimiento de Consejos Verbales de Guerra se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios" (art. 493 del C. de J. P. M., inciso final).

La resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, exista o no investigación previa, se limita a señalar "qué persona o personas aparecen hasta el momento como sindicadas, qué delito o delitos se estructuran de acuerdo con lo actuado, qué personal debe integrar el Consejo y en qué sitio debe verificarse la reunión" (art. 567 del C. de J. P. M.); y como no se trata de auto interlocutorio, sino que es un acto de impulso procesal, no ha de notificarse al defensor del sindicado porque no habiéndose aún elaborado el pliego de cargos a éste, no sabe todavía de qué deberá defenderse en concreto y, por lo mismo, la institución de la defensa no ha penetrado al proceso. En tales condiciones es equivocado afirmar que la pretermisión de una notificación que no está legalmente consagrada configura violación del debido proceso y del derecho de defensa. No prospera este cargo.

Causal cuarta. Segundo cargo. Señala el artículo 573 del Código de Justicia Penal Militar que "instalado el Consejo, acto seguido se hará comparecer a los sindicados presentes y se les leerá la resolución de convocatoria, con la advertencia de que deben designar un apoderado militar, que sea oficial y que figure en la lista de que trata el artículo anterior. A quien no hiciere la designación, la Presidencia le nombrará uno de oficio". Consta en el acta del Consejo Verbal de Guerra que ante el procesado se leyó la convocatoria y se le hizo saber el derecho que la ley le otorga de nombrar un apoderado para que lo asistiese en la diligencia, a lo que manifestó "que su apoderado no se encontraba en condiciones de viajar por la distancia, se le suministró la lista de oficiales disponibles de la unidad, manifestando que nombra al Teniente Carlos Orlando Quiroga Ferreira a quien se le comunicó la designación, aceptando esta". Verdad es que tanto el fiscal como el defensor así nombrados renunciaron al término de traslado del proceso, pero no es menos cierto que a petición de las partes se leyeron las diligencias probatorias sustanciales del expediente (declaraciones de los testigos, indagatoria, careos, dictámenes médico-legales y diligencia de reconstrucción), que el procesado hizo uso de la palabra en extensa intervención (para la que no se requiere ser abogado como erróneamente lo afirma el recurrente) en la que pretendió demostrar que la muerte de su amante fue accidental, y que el defensor de oficio atacó durante su exposición la prueba testimonial aportada al proceso, hizo notar la falta de diligencia de necropsia, destacó la ausencia de dolo en razón de la ubicación de los impactos y del hecho de que la víctima falleció muchos días después, y ratificó la tesis de la accidentalidad del homicidio expuesta por el sindicado (fls. 431/2).

Del anterior recuento procesal despréndese que el sindicado no careció de defensa y que, dentro de las limitaciones propias del Consejo Verbal de Guerra, tanto aquél como su defensor de oficio realizaron esfuerzos por demostrar que el homicidio había sido un caso fortuito; si no lo lograron, fue porque los vocales consideraron que

las pruebas recogidas durante la investigación eran suficientes para responder afirmativamente al cuestionario que se les propuso. Por tales razones, tampoco prospera este cargo.

Causal primera. Cargo único. Obsérvese, ante todo, que el cargo está mal formulado, no solamente porque el recurrente lo ubica simultáneamente en las causales primera y cuarta, sino porque lo enuncia como violación directa de la ley, lo desarrolla como violación indirecta de la misma, pues lo hace consistir en que se hizo figurar en el cuestionario una circunstancia de agravación punitiva inexistente, con lo que desplaza la controversia del plano de la interpretación directa e inmediata de la norma sustantiva, al del examen de la prueba; y es bien sabido que en tales casos no es pertinente alegar en juicios con intervención de jurado de conciencia o de vocales, la violación indirecta de la ley sustancial.

Pero es que, además, aún considerando como técnicamente formulado el cargo, tampoco estaría llamado a prosperar porque no es cierto que hubiese sido la calidad de mujer menor de dieciseis años lo que se mencionó en el cuestionario como circunstancia de agravación punitiva del homicidio; lo que en él se dice es que el sindicado mató a Luz Esmeralda Zamora "abusando de las condiciones de inferioridad de ésta" (fl. 408); y en la sentencia del Tribunal —en apartes que cita el propio recurrente— se precisa reiteradamente que la indefensión consistió en haber disparado "a quemarropa sobre el espaldar de la silla ocupada por Luz Esmeralda" y aprovechando el descuido en que se hallaba "cuando atendía la petición de su amante al exigirle que le pusiera música" (fls. 460/1). Se desecha, pues, este último cargo.

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 impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Salvamento aclarativo de voto; *Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez,* Salvamento aclarativo de voto; *Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO ACLARATIVO DE VOTO

Los suscritos magistrados manifestamos estar de acuerdo con la decisión precedente, pero reiteramos nuestra tesis conforme a la cual la jurisdicción penal militar no debe aplicarse en ningún caso —ni siquiera en estado de sitio— a los particulares ni a los miembros de la Policía Nacional, de conformidad con argumentos extensamente expuestos en numerosos salvamentos de voto.

Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha *ut supra.*

ADICION DE VOTO

Advierto en el acta del Consejo Verbal de Guerra que, al manifestar el procesado que su apoderado no podía concurrir, "se le suministró la lista de oficiales disponibles en la Unidad", designando al Teniente Carlos Orlando Quiroga F.

Por las circunstancias de este nombramiento es dable cuestionar la validez del juzgamiento. Pero sí conviene observar que cuando se trata de obtener el nombramiento de un apoderado o defensor en esta clase de procesos, la designación no puede limitarse a "la lista de oficiales disponibles", ya que este cargo, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 16 de 1968, puede desempeñarse por oficiales de las Fuerzas Armadas en servicio activo o en uso de buen retiro, *o por los abogados titulados o inscritos.*

Hoy en día la previsión del artículo 572 debe entenderse como tal, esto es, que exista esa disponibilidad de oficiales para que el procesado, si no quiere un abogado titulado e inscrito, pueda escoger uno de ellos, o para que se seleccione entre los mismos el que deba servir el cargo de manera oficiosa. Hasta aquí la interpretación es sana y plausible. Pero si se pretende reducir este derecho a la mencionada lista, no hay duda alguna que se menoscabe la garantía del debido proceso.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

DOCUMENTO MILITAR

Ha de entenderse aquél, que conservando la noción de tal en su sentido amplio como escrito, cinta, mapa, etc., tiene por exclusiva finalidad de la de conservación de la existencia, unidad e integridad de los cuerpos armados para que puedan llevar a feliz término su misión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 40.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior Militar su providencia del tres de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al señor Mayor (r) Abogado del Ejército, *Pedro Elías Jiménez Rojas,* en su calidad de Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada con sede en Cali, de los cargos de falsedad en documento militar; ordenó compulsar copias para que, por separado, se adelanten cuatro investigaciones respecto del mismo y se resuelva por el competente lo relativo a la sindicación formulada contra *Alberto Acosta Ruiz,* Exsecretario del Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Militar.

Hechos:

En el sumario número 10360 de la radicación de aquella Brigada Militar, seguido contra los agentes de la Policía Nacional Erit Marco Lourido y John Jairo Palacios y el civil particular Alvaro Hernández Colorado por el presunto delito de extorsión, previo concepto desfavorable del Ministerio Público, por auto del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta, se negó la cesación de procedimiento y la consiguiente libertad a los acusados John Jairo Palacios y Alvaro Hernández Colorado, resolviendo así la petición que en tales sentidos presentó el señor apoderado de estos, doctor José Adolfo Caicedo Yusti, auto que fue notificado al Fiscal militar y al sindicado Palacios en la misma fecha por el Teniente Pablo Rodríguez Laverde, ayudante del comando. Los otros sumariados no fueron notificados.

Y sin los trámites legales —reposición y revocación oficiosa de esa providencia—, por interlocutorio del quince de diciembre del mismo año se ordenó todo lo contrario, cesando procedimiento por presunta inexistencia del hecho, disponiendo, en consecuencia, la libertad de las personas vinculadas, decisión que significó material y formalmente el cambio de la ya tomada, desprendiéndose físicamente la preexistente. Este comportamiento, en la forma narrada, asaltó la confianza depositada por el Comandante de la Tercera Brigada, quien ya había expresado su voluntad al firmar la de noviembre veinte; y, en virtud de esa confianza depositada en la autoridad encargada de la administración de justicia, firmó la sustitutiva. Ambas fueron llevadas para la firma por el Auditor Principal de Guerra.

Resultandos:

Primero. La calidad de Auditor Principal de Guerra que para la época de los hechos tenía el procesado, Mayor (r) Abogado Pedro Elías Jiménez Rojas, se acreditó con los documentos que exige la ley.

Segundo. El aspecto fáctico se halla plenamente demostrado. En efecto la providencia del veinte de noviembre de 1980, en original, obra a los folios 15 a 17 del cuaderno principal; y, la que la sustituyó por vía de hecho, a los folios 11 a 14 del mismo. Las dos resuelven una misma petición y son de naturaleza y consecuencias totalmente opuestas; ambas firmadas debidamente por el juez de primera instancia y su ayudante; y, ambas notificadas al señor Fiscal militar y al sindicado John Jairo Palacios. La sustitutiva lo fue a los otros dos detenidos.

Tercero. Se inició la investigación en averiguación de responsables en virtud del informe que el Teniente Coronel José Norman Echeverry Cardona, Jefe de la Sección Segunda de aquella brigada le enviara al comandante de la misma, Brigadier General Manuel Jaime Guerrero Paz el nueve de enero de 1981, el cual tiene como fuente la versión que le ofreció la señorita Gloria Rojas Díaz, secretaria titular de la Auditoría Principal de Guerra.

La citada empleada, salió a vacaciones desde el ocho de diciembre de 1980 hasta el primero de enero de 1981, siendo reemplazada, interinamente, por Roosevelth Valencia Valencia, quien era secretario titular del Juzgado 107 de Instrucción Penal Militar, por orden verbal del acusado, Mayor Abogado Jiménez Rojas. Al reintegrarse observó que en aquel expediente, el numero 10360, se había extraído la providencia del veinte de noviembre, del cuaderno original, pero de ésta se hallaban las copias al carbón en el cuaderno de las mismas y en el archivo de intelocutorios, con la notificación referida, en original y dos copias. En el cuaderno original del proceso se hallaba una decisión totalmente contraria a la primera. Esta tiene la fecha del quince de diciembre del mismo año. Enteró de estos hechos a su jefe, el auditor, quien le contestó lacónicamente que "...lo hecho, hecho estaba...", sintiéndose obligada a informarle al oficial Jefe de la Sección Segunda. El auditor había expresado frente a ella, antes de salir a vacaciones, que en ese diciembre se resolverían de alguna manera los problemas de aquellos sindicados, porque no solamente era diciembre sino porque sabía que la señora y una niña del agente Lourido estaban pasando

una situación de miseria. Que el nueve de enero se dirigían al despacho del señor Comandante de la Brigada el Auditor Principal de Guerra y el Juez Cuarenta y Cinco Penal Militar en compañía de los señores Alberto Acosta Ruiz y Valencia Valencia, y en forma un tanto desganada, el señor Jiménez Rojas la invitó. Allí, luego de las manifestaciones de cada quien, el Brigadier General exigió datos sobre la suerte de la providencia sustraída, ante lo cual Alberto Acosta Ruiz la sacó de una libreta, en original y la entregó a este oficial, luego de haberla mostrado a todos los presentes. El Comandante de la Brigada ordenó abrir investigación.

Roosevelth Valencia Valencia recibió orden del procesado, no solamente de reemplazar a Gloria Rojas Díaz, sin decreto, resolución u orden del día, sino de firmar los oficios remisorios. Orden de Jiménez Rojas. En día que no recuerda por su fecha le ordenó que enviara el sumario 10360, en asesoría al doctor Gilberto Cardona Restrepo. Lo entregó al señor Acosta Ruiz, secretario del anterior. Se estableció que ese día fue el 15 de diciembre. Momentos después regresó a su despacho el señor Acosta preguntando a Valencia que si un auto que tenía el proceso estaba notificado. Valencia, quien es temperamental y nervioso, alegando ignorancia de tal acto, le pidió que hablara con el auditor, y, efectivamente hablaron los dos sobre materia que desconoce el testigo, anotando que unas horas después regresó Acosta Ruiz con el expediente y el proyecto de providencia y se los entregó al auditor. Cuando tiene conocimiento el Comandante de lo ocurrido, el Mayor (r) Jiménez Rojas le reclama al testigo el porqué de esa actuación. Valencia se pone inhiesto y ante el Comandante de Brigada, el Auditor, el Juez 45 de Instrucción Penal Militar y Alberto Acosta Ruiz, con vehemencia le hace saber que fue orden suya, lo cual confirma Acosta. También estaba presente la secretaria de la Auditoría. Manifiesta el Comandante que tal acto no podía hacerse sin previa revocación de la anterior providencia y mucho menos, sustraerla. Dispone investigación.

Luego en el despacho del sindicado Jiménez Rojas, Acosta le expresó al Auditor que él "...le había ordenado sacar esa providencia para que sólo quedara la que ordenaba la libertad de los sindicados..." Se hallaba el Juez 45 de Instrucción Penal Militar.

Alberto Acosta Ruiz, secretario titular del juzgado varias veces mencionado, está en total acuerdo con Gloria Rojas Díaz y Valencia Valencia. Recibió la orden del Auditor, así: "...*señor Acosta, la mujer y uno de los hijos de estos policías, según me enteré, están en la miseria, están aguantando hambre y en realidad el delito que han cometido ya practicamente lo han pagado porque llevan un año en la cárcel, como no ha conocido nadie de este auto porque no aparece la notificación en el expediente, elaboren una cesación de procedimiento ya que el auto que está sin la notificación no se ajusta a la realidad procesal y dejan esos tipos libres y acaban con ese problemita...Saque ese auto de ahí y elaboren el nuevo* proyecto resolviendo la solicitud impetrada por el abogado..." (fl. 29 fte. y vto.). Subraya la Sala.

Fue quien entregó la providencia sustituida al Comandante de la Brigada. A este respecto es claro en anotar que tal hecho ocurre con alguna frecuencia y por tal motivo guardó en las oficinas ese auto.

En respaldo de esta afirmación entrega una providencia debidamente firmada por el juez de primera instancia y su ayudante, de fecha 26 de septiembre de 1980, la cual fue cambiada por el Exauditor Jiménez Rojas en el expediente 10588.

El doctor Gilberto Cardona Restrepo, está en total acuerdo con lo vertido por su secretario, en el sentido de que el Exauditor le ordenó a éste que quitara del proceso 10360 el auto del veinte de noviembre y, en su lugar, el funcionario deponente presentara proyecto, ordenando la cesación de procedimiento. No tuvo conocimiento en cuanto estuviese o no notificada la misma que pone de presente su secretario y Gloria Rojas Díaz.

Característica común a las anteriores testificaciones es la de no poder entender el porqué, quién dio la orden de supresión de la providencia aludida para los fines conocidos, presume sentirse sorprendido del hecho, aspecto que efectivamente pone de bulto el acusado en sus intervenciones, enfatizando que el autor lo es el señor Acosta Ruiz.

Ana Lucía Mora de Pino es contundente al decir que una vez estuvo Valencia Valencia en la secretaría de la auditoría, recibió orden del Mayor Jiménez Rojas para que firmara toda clase de oficios. Orden verbal. Y antes no se procedía así. El soldado-estafeta Javier Ríos Brun manifiesta que el día en el cual se decretó la libertad de los sumariados, Acosta Ruiz le pidió que le entregara las boletas de libertad para llevarlas al lugar de detención de los policiales porque era amigo de estos, quienes al enterarse de su liberación, le preguntaron si Acosta Ruiz aún trabajaba en la Brigada.

Una rotunda negativa a los datos ofrecidos por los testigos de cargo es la esencia de la indagatoria del Exauditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada del Ejército con sede en la ciudad de Cali: No dio la orden a persona alguna; no fue enfrentado en su despacho por los señores Valencia Valencia y Acosta Ruiz en presencia de Gloria Rojas Díaz y de Cardona Restrepo; no puede aceptar, en forma evidente que Acosta le entregó la resolución original al Comandante de la Brigada; desconoce el supuesto de miseria que sufriría la familia del Agente Lourido. Consciente sí en que era la persona responsable de la marcha de la justicia en esa Brigada.

El Brigadier General Manuel Jaime Guerrero Paz, en respuesta al instructor comisionado es categórico en el sentido de que el procesado no tenía autorización para firmar boletas de libertad, así fuera en ausencia; y, descalifica la conducta de éste, a partir del momento en el cual tuvo conocimiento de los hechos que ocupan la atención de la Sala y de otros: 10588, 10452, 10566 y 10499. El señor Acosta Ruiz también acusó de comportamientos indebidos al Exauditor Principal de Guerra, Mayor Celestino Gómez Galvis, en declaración que obra en el cuaderno de la actuación disciplinaria, el cual fue incorporado a esta investigación.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita que se revoque la providencia consultada y, en su lugar, se llame a responder en juicio criminal al procesado por el delito de falsedad, en la modalidad del numeral 9º del artículo 231 del Código Penal de 1936.

El señor apoderado del sindicado, reitera, tímidamente, la petición de nulidad a partir del folio tres del cuaderno principal, por estimar que la investigación se abrió por funcionario competente. Invoca el ordinal 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar; y subsidiariamente acepta que se confirme la providencia.

Cuarto. Por Resolución número 103 de febrero 25 de 1981, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares ordenó promover ante el Comando del Ejército un Tribunal Disciplinario respecto del Exauditor "...a fin de que por ese procedimiento y de acuerdo al Decreto 1776, se determine su responsabilidad...", cuyos resultados no obran en el expediente.

La Corte considera:

Los hechos, cuya ocurrencia ha sido narrada, apuntan a la comisión del delito de falsedad en documento público.

1. Su aspecto fáctico se indicó en el numeral segundo de los resultandos de esta providencia. Del sumario 10360 se suprimió el auto del 20 de noviembre de 1980 y en su lugar se puso el del quince de diciembre del mismo año: Ambos resuelven la misma petición sobre el mismo caudal probatorio y son totalmente opuestos en su naturaleza y consecuencias.

La responsabilidad del Exauditor Jiménez Rojas se halla gravemente comprometida por los testimonios de Gloria Rojas Díaz, doctor Gilberto Cardona Restrepo, Roosevelth Valencia Valencia, Alberto Acosta Ruiz y Ana Lucía de Pino. De estas atestaciones se colige que el sindicado, motivado, entre otras razones, por la supuesta miseria que pesaría sobre la familia del Agente Erit Marco Lourido, verbalmente le ordenó al señor Valencia el 15 de diciembre de 1980 que le entregara el sumario al secretario del Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar, para que su titular proyectase auto de cesación de procedimiento con la principal finalidad de poner en libertad a los tres acusados. Esta orden la dio a sabiendas de que ya se había resuelto en forma contraria la petición del abogado, por decisión interlocutoria del 20 de noviembre de ese mismo año, la cual se había notificado al fiscal militar y al agente John Jairo Palacios. Una confianza sin fundamento tuvo, porque si bien, no solamente instructores penales militares y sus secretarios, en la práctica y por lógica, le estaban subordinados, no podía ignorar que él mismo había llevado la primera al Comandante de la Brigada y su ayudante para que la firmara; y, que en el respectivo libro radicador estaba la pertinente anotación acerca de su existencia, así como la constancia de su notificación parcial, en el lugar indicado por el reglamento. Y como abogado, con elevado cargo en la justicia militar, presúmese que estaba obligado a saber que ese no era el procedimiento sino el de la revocación oficiosa, en ausencia de petición de parte.

2. Alega el acusado que no dio esa orden, y en forma muy reiterada, para dar pábulo a su inocencia llega a extremos de negar el conocimiento del auto suprimido a instancias suyas, trazando una contradicción fundamental al calificar el sustituto de aquél como el

que más consultaría la prueba, según diálogo que habría sostenido con el Juez 45 de Instrucción Penal Militar.

Se ha pretendido no solamente por el procesado y su apoderado, sino aún por la providencia consultada, reducir las contingencias procesales, a resolver el mérito de estas sobre la credibilidad que tenga la versión juramentada e injurada de Alberto Acosta Ruiz, en contrapeso de las intervenciones similares del Mayor (r) Abogado Jiménez Rojas, ensayando una descalificación total de lo afirmado por el primero y aceptando una credibilidad absoluta al segundo. Tal actitud resulta ilógica, no solamente considerada en sí, sino respecto de los otros testigos cuya esencia se ha narrado y analizado. Afirmar que la acusación de Acosta se halla teñida de interés porque él, sustrajo la providencia del 20 de noviembre de 1980 y porque al decir del soldado-estafeta Javier Ríos Brun, éste le había pedido que le entregara las boletas de libertad por ser amigo de los policías, quienes al ser liberados preguntaron por éste, significaría darle plena certeza a la versión de un soldado que está, en la práctica y reglamentariamente en la última escala de subordinación a un oficial en actividad, con grado de mayor; y, en el hipotético evento de que algo se acepte de esta declaración, equivaldría a tomar como escudo de defensa, de inocencia la presunta responsabilidad que pudiera predicarse de Acosta Ruiz, quien fuera la persona que, por mandamiento verbal de Jiménez Rojas, tuvo que sustraer la providencia que negaba la cesación de procedimiento, la guardó en prevención de nefastas consecuencias —como efectivamente ocurrió— y con valentía la entregó, en original, al juez de primera instancia.

3. Abusando de sus funciones como superior, dio la orden de cambiar la decisión ya tomada, convencido de no dejar rastros de su exteriorizada voluntad, y posteriormente, en actitud reñida con el atildado honor militar se presenta como desconocedor de su propia obra.

De esta voluntad, expresada en verbal orden, premisa respaldada por todo el haz probatorio se infiere la coparticipación, a título de autor intelectual o agente determinante del delito investigado, respecto de la falsedad en documento público. Fue su causa eficiente porque exteriorizó físicamente su propia voluntad con la palabra, en la modalidad de orden, prevaliéndose del orden jerarquizado en las milicias y con sustento en el artículo 371 del Código de Justicia Penal Militar.

Con los hechos que enseguida se relacionan, se deduce una tendencia del Exauditor al delito que puede erigirse en indicio de capacidad moral para delinquir: En el sumario 10452 contra Clemente Absalón Tamayo y otro, en diciembre 17 de 1980 se ordena la libertad de los indagados, sin previo auto y sin que estos hubiesen cumplido la pena, hecho que se imputa al doctor Jiménez Rojas; en el sumario 10566 contra Fernando Flórez y Javier Lozano también se decretó la libertad sin previo auto que la ordenara y Flórez Cortés estuvo detenido por más tiempo del impuesto; en el sumario 10558 contra Alfonso Hurtado Paz y otros, la boleta de libertad de éste tiene postfirma del Comandante de la Brigada y P.A. —por ausencia— con firma ilegible que contejada con la del Mayor Jiménez Rojas, presenta los mismos rasgos caligráficos; en el informativo 10499 contra Plutarco Góngora

Chaparro no obra auto que decrete su libertad y existe la acusación juramentada, en el sentido de que luego de impuesta la pena de once meses de arresto, se borró el once, y, en su lugar, se puso seis. Por estas irregularidades, tanto la Fiscalía del Tribunal Superior Militar como aquel organismo de justicia han pedido y ordenado que se investiguen por separado, por no ser conexos con el que aquí se decide. *Pero es preciso observar que ese Tribunal, hasta el presente, no ha enviado al reparto del mismo las copias de este proceso para esos fines. Se cumplió LA ORDEN únicamente con relación a la acusación contra Alberto Acosta Ruiz.*

4. Ha de concluirse que existe fundado mérito para abrir causa criminal contra el procesado por el delito de falsedad en documento público.

Son fundamentos que tiene la Sala para dictar auto de proceder por el delito común de falsedad en documento público y no militar los siguientes:

La misión primordial de las Fuerzas Militares (Ejército, Aviación y Marina) es la de velar por la soberanía de la República, entendida esta soberanía como la facultad y capacidad que tiene un Estado para determinarse y tomar decisiones conforme a su propia constitución y dentro de los parámetros de convivencia internacional adoptados para la realización de sus fines naturales. De la misión anterior se desprende la de preservar el orden público en sus fronteras e internamente. Para lograr este propósito estas fuerzas se organizan conforme al concepto de milicia o "arte de hacer la guerra ofensiva y defensiva, y de disciplinar a los soldados para ella", y dentro de un esquema jerarquizado a efecto de que su existencia, unidad e integridad no sufran mengua alguna.

Se desprende de lo dicho que, en términos generales, por documento militar ha de entenderse aquél, que conservando la noción de tal en su sentido amplio como escrito, cinta, mapa, etc., tiene por exclusiva finalidad la conservación de la existencia, unidad e integridad de los cuerpos armados para que puedan llevar a feliz término su misión.

No se pone en duda que los documentos se dividen en públicos y privados y que dentro de esta clasificación el documento militar a que hace referencia el código castrense es el llamado documento público como lo explicó la Corte en su providencia del 13 de noviembre de 1980.

Igualmente, no hay duda que el Código de Justicia Penal Militar, por ninguna parte, define el documento militar quedando esa determinación a la jurisprudencia. En la decisión citada se expresa al respecto:

"...El hecho de que a una categoría de esos documentos se les denomine 'militares' no hace de ellos una especie aparte de los demás procedentes del Estado, como tampoco la constituyen los llamados 'legislativos' o 'administrativos' o 'judiciales' por proceder de una de esas Ramas del Poder Público.

"Esas denominaciones se les dan para distinguirlos de los demás en cuanto a su procedencia o destino no por lo que hace a su naturaleza que sigue siendo la misma: Documentos públicos.

"Y en ninguna parte de ese ordenamiento se define lo que debe entenderse por documentos militares. Lo que da base para afirmar que estos son los mismos públicos y que sólo se les denomina en esa forma porque se expiden para fines propios de las Fuerzas Armadas..."

Por el sentido de este pronunciamiento y por las razones anteriormente expuestas, hay que aceptar que asumen la calidad de documentos militares, strictu sensu, *los que miran a la existencia, unidad e integridad de las Fuerzas Militares y los que posibilitan el cumplimiento de los fines que le son propios y específicos según la Constitución y leyes de la República.*

Por manera que la providencia que materializó el delito de falsedad, al versar sobre una actuación judicial de competencia de la Justicia Penal Militar, constituye documento público pero no militar, porque en ningún sentido tiene que ver con la conservación de la existencia, unidad e integridad militares para que tales fuerzas cumplan su cometido fundamental.

5. *En cuanto al verbo rector que por vía alternativa previó el numeral 9º del artículo 231 del Código Penal de 1936, se estima que fue el de suprimir. Por suprimr define el Diccionario de la Real Academia Española "Hacer cesar, hacer desaparecer".*

La Corte en sentencia del 4 de octubre de 1978 se refirió a las formas de falsedad por supresión en los siguientes términos: "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 la originó".

Encuentra así la Sala que la conducta se halla recogida por el verbo suprimir no sólo por lo anotado en precedencia, sino porque la atribuida al Mayor (r) Jiménez Rojas, siguiendo tales alcances, hizo cesar en sus consecuencias jurídicas el significado de la providencia del 20 de noviembre de 1980 al ordenar su ilegal desglose, haciendo desaparecer ese documento público que de todas maneras no llenó, no cumplió los fines para los cuales fue creado. Sin embargo el desaparecimiento fue temporal, gracias a la forma como actuó el autor material de este ilícito. Y el alcance del delito se expresa en cuanto no sirvió aquel documento como acto procesal, pues no surtió las consecuencias inherentes a su naturaleza, independientemente de que por motivos ajenos a la voluntad del agente determinador del delito, hubiese aparecido, inidóneo ya para el fin que se propuso.

6. Lo expuesto demuestra que se hallan reunidos a cabalidad los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder en contra del Exauditor Jiménez Rojas por el ilícito de falsedad en documento público.

El delito se encuentra descrito de igual manera tanto en el Código Penal anterior (art. 231) bajo cuyo imperio se cometió como en el

vigente (art. 223), pero la pena privativa de la libertad resulta más benigna en el último. Sucede lo propio en cuanto a los subrogados penales, pues con el nuevo código el procesado tendrá derecho, por virtud del artículo 68, al beneficio de la condena de ejecución condicional en caso de sentencia, lo que no sería posible con el régimen penal anterior. Por estas razones el llamamiento a juicio se hará por el Decreto 100 de 1980, de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Existiendo mérito para formular pliego de cargos al procesado, sobra prueba para proferir en su contra auto de detención al tenor del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, medida cautelar que no se hará efectiva por cuanto tiene derecho a la libertad provisional como lo dispone el artículo 453 del mismo ordenamiento.

La nulidad planteada por el apoderado no prospera si se tiene en cuenta que la investigación ordenada por el Comandante de la Tercera Brigada fue repuesta por el funcionario competente, esto es, por mandato expreso del Tribunal Superior Militar en resolución del 24 de febrero de 1981, que bien puede considerarse como un auto cabeza de proceso.

Por fuerza de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y de acuerdo con él, *resuelve:*

1. *Revocar* el numeral primero de la providencia consultada para *abrir* causa criminal contra el Exauditor Principal de Guerra, Mayor (r) Abogado Pedro Elías Jiménez Rojas, de las condiciones civiles, militares y personales consignadas en el expediente, como autor del delito de *falsedad en documento,* cometido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar relacionadas en el sumario.

De este delito trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título VI, Capítulo III con la denominación genérica "De la Falsedad en Documento".

2. *Decretar* la detención preventiva del Exauditor Principal de Guerra, Mayor (r) Abogado Pedro Elías Jiménez Rojas por el delito que motiva el llamamiento a juicio y, al mismo tiempo, procede a *otorgar* al mentado Jiménez Rojas, la libertad provisional por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, mediante fianza por la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.oo) moneda corriente que depositará en el Banco Popular a la cuenta del Tribunal Superior Militar y firma de la correspondiente diligencia de compromiso.

3. *Confirmar* en lo demás, el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

CAUSAL 2ª, ARTICULO 78 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

TARJETA DE CREDITO

La finalidad de la institución de los impedimentos y recusaciones es la de asegurar a todo trance la imparcialidad o independencia del juez frente al caso que tiene sometido a su consideración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 40.

Vistos:

Decide la Corte acerca del impedimento planteado por el doctor *Hernando Franco Hernández,* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, para conocer del proceso que se adelanta contra Jaime de Jesús Giraldo Cárdenas y otros por los delitos de falsedad en documentos y hurto.

Estima el Magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso porque concurre en él la causal de impedimento prevista en el ordinal 2º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que dice: "Ser el juez o magistrado acreedor o deudor de alguna de las partes".

Justifica tal determinación argumentando que en su calidad de socio credencial, es deudor del Banco de Occidente, y acompaña una certificación expedida por dicha entidad mediante la cual se informa que como usuario que es de la tarjeta de crédito CREDENCIAL número 0328478-7, registra un saldo a cargo por $ 61.438.14 (fls. 274 y 275).

El Banco de Occidente, sucursal de Armenia, ostenta en el caso que se investiga la calidad de persona perjudicada con la infracción, se constituyó en parte civil y fue reconocida como tal (fls. 1 a 7 del cuaderno Nº 2).

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión no aceptaron los planteamientos del doctor Franco Hernández y ordenaron, por

auto de 7 de marzo del presente año, el envío de las diligencias a la Corte para que se decida el incidente de conformidad con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Estima el Tribunal que los motivos alegados por el Magistrado Franco Hernández no tienen el carácter de impedimento, puesto que, hasta donde se sabe, el Banco de Occidente y Credencial son personas jurídicas diferentes, no obstante ser aquél uno de los mayores accionistas de ésta, y, además, porque de llegarse a aceptar que el Magistrado fuese "socio" de la última, como él lo afirma en su escrito, no tendría tampoco aplicación la causal prevista en el numeral 10 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, pues ésta se refiere a sociedades de personas, no de capital, y el Banco pertenece a esta última categoría (fl. 276 y 277).

Se considera:

La finalidad de la institución de los impedimentos y recusaciones es la de asegurar a todo trance la imparcialidad e independencia del juez frente al caso que tiene sometido a su consideración. Se busca con ella que sea ajeno por completo a los resultados de su decisión judicial y que actúe, por lo mismo, en un campo de absoluta neutralidad en relación con las pretensiones de los sujetos de la relación jurídica objeto del proceso.

De allí el que erija en causales de separación del juez todo motivo que pueda razonablemente hacer dudar acerca de la ecuanimidad de éste, como pueden ser el interés en los resultados del asunto "sub júdice", *o la vinculación parental o afectiva con las partes, o la dependencia respecto de estas, o el desafecto hacia alguna de ellas.*

En el caso que se analiza no se presenta razón que revista estas características como para separar del conocimiento al Magistrado que alega el impedimento.

En efecto, cuando la ley establece como causal de impedimento la condición en el juzgador de acreedor o deudor en relación con alguna de las partes, alude a una situación personalísima de relación entre ellas, generada en las especiales consideraciones y circunstancias que llevaron al uno a ser acreedor o deudor del otro.

Esa vinculación "intuitu personae" *no se da, por regla general, en tratándose de las operaciones de crédito entre las entidades bancarias y sus clientes, pues esa actividad prestataria, propia de tales instituciones, razón de ser de las mismas, constituye un servicio abierto a una gama amplia de usuarios, ofrecido en condiciones de tipo general, y que no ata afectivamente o de manera especial al deudor con su acreedor, como para que sienta ineludiblemente inclinado su ánimo a beneficiarlo, de tal forma que se compromete su independencia o imparcialidad frente a la decisión. Su situación no es exclusiva ni de índole peculiar, sino similar a la de muchos otros, igualmente beneficiados con ese tipo de actividad bancaria.*

Así como respecto de otros motivos de impedimento establece la ley determinados límites que angostan el ámbito de su aplicación,

como la proximidad en el parentesco, la intimidad en la amistad, la gravedad en el desafecto, la certeza y vinculación causal en el interés, o la calidad personal en el contrato de sociedades, de igual forma, en tratándose de la causal que se estudia, la relación debe revestir ciertas características que acerquen y aten a los sujetos de la misma, de tal forma que aparezcan como algo más que genéricos y casi que impersonalizados acreedores o deudores.

No hay ningún elemento de juicio en el expediente, indicativo de esa peculiar vinculación entre el Magistrado y el Banco de Occidente, Sucursal de Armenia, como para predicar de él un especial reconocimiento con la entidad crediticia, en forma tal que pudiera ver menguada, o en campo de sospecha, su neutralidad frente al asunto en que le corresponde decidir, ni siquiera como Sustanciador o Ponente, sino como integrante de la Sala. Le debe al Banco, a través del sistema de la tarjeta de crédito, de la misma manera que los demás usuarios de este nuevo medio de pago, esto es, en cuanto debe tener cuenta corriente en el Banco, y por haberla manejado correctamente, y por registrar un movimiento que asegura su capacidad para responder respecto de la cuota o línea de crédito rotatorio que lo tiene fijado.

En efecto, la tarjeta de crédito, la cual ha sido reglamentada por la Junta Monetaria, en virtud de las atribuciones que le asigna el Decreto-ley 2206 de 1963, y por la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de las facultades que le emanan de la Ley 45 de 1923, no es otra cosa que una modalidad del contrato bancario de apertura de crédito a que se refieren los artículos 1400 y siguientes del Capítulo V del Título XVII del Código de Comercio, y consiste en una disponibilidad de cupo de crédito que le asegure el Banco al usuario contra la cual puede éste suscribir comprobantes de venta en los establecimientos afiliados al sistema, cuyos valores le son cubiertos a la entidad comercial por el banco a nombre del tenedor de la tarjeta, y que luego éste va reembolsando al banco en los períodos acordados en el respectivo contrato, para volver a hacer uso sucesivamente del cupo, sin excederlo. Esto, porque el objeto de la tarjeta mira, más que al beneficio de una suma determinada, el derecho a una disponibilidad de crédito que se mantiene mientras subsiste el contrato y en la medida en que el usuario vaya reembolsando al Banco las sumas a su cargo.

Como es fácil advertirlo, si bien el contrato de apertura de crédito a través de tarjeta de esta naturaleza es personalísima en cuanto que sólo puede usarla el acreditado y no un tercero a su nombre o por sustitución; y si se orienta a finalidades específicas como son los gastos de consumo y de prestación de servicios; y si su ámbito se circunscribe a los establecimientos afiliados, no es menos cierto que no constituye un sistema exclusivo para determinado usuario, con características de privilegio, sino que, dentro de esas condiciones especiales, se ofrece a todos cuantos las acrediten.

Además, es un mecanismo de crédito que, constituido, esto es, asegurada contractualmente por el Banco la disponibilidad del cupo, queda a voluntad del acreditado activarlo o no, en la medida en que haga uso de él suscribiendo comprobantes de venta en establecimientos afiliados, o se abstenga de hacerlo.

Idéntica tesis ha sostenido esta Sala en casos similares. Así, en auto de mayo 19 de 1981 dijo al respecto:

"Esta Sala, en doctrina que transcriben los Magistrados de la Sala Dual, ha sostenido que no concurre causal de impedimento en el funcionario que es deudor, acreedor o socio de una sociedad de capitales por considerar que la relación jurídica de la naturaleza indicada que genera el impedimento es la que se tiene con una persona natural o con una jurídica pero que se forma *'intuitu personae'* esto es, en consideración a las personas de los socios, pero no con aquellas que, como las de capital o las anónimas, no tienen ese fundamento sino que son 'entrelazamientos de dinero' en las cuales la individualidad de los socios o accionistas no cuenta y cuyas actividades se desarrollan en esferas completamente distintas a las de estos (providencia de ocho de noviembre de 1963).

"Este es el caso del Banco Central Hipotecario que figura en el presente proceso, según ya se dejó dicho, como parte civil y que tiene entre sus funciones principales la de prestar dinero sin que, por ello, se establezca una relación personal entre el deudor y la mencionada entidad bancaria.

"O sea que la obligación es de tal naturaleza que no puede decirse exista el interés que sirve de fundamento a la causal de recusación atrás mencionada.

"De ahí que tengan razón los miembros de la Sala Dual al pronunciarse en la forma que se deja atrás mencionada sobre la manifestación de impedimento hecha por el doctor Vega Ramírez".

En virtud de las consideraciones que se dejan hechas, y no por las razones aducidas por la Sala Dual del Tribunal Superior de Armenia, pues ni "Credencial" es persona jurídica, sino una sección del Banco de Occidente, ni quien posee tarjeta de crédito ha celebrado contrato alguno de sociedad, sino el de apertura de crédito, se desestimará el impedimento objeto de estudio.

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no acepte* el impedimento manifestado por el doctor Hernando Franco Hernández.

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

FAVORABILIDAD

Si la ley derogada está rigiendo el caso por ser más favorable en el aspecto sustancial que es el de la sanción, enerva, por lo mismo, la posibilidad de aplicación simultánea de la nueva sobre idéntico punto o sobre aquellos que dependen de éste

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 42.

Vistos:

Se entra a decidir acerca del recurso de hecho interpuesto por el defensor de *Miller Andrade Zambrano* contra el auto de 15 de febrero del presente año, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva le negó el de casación, propuesto oportunamente por él contra la sentencia proferida por esa Corporación el 17 de enero de 1983, confirmatoria de la de 21 de octubre de 1982, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva condenó a su defendido, en razón de hechos que le fueron atribuidos en el desempeño de su cargo de Alcalde Municipal de Algeciras (Huila).

La tramitación fue surtida en debida forma tanto en el Tribunal como en la Corte.

Fundamentos de la decisión denegatoria:

Para no conceder el recurso de casación contra su fallo, tuvo en cuenta el Tribunal el hecho de que la norma con apoyo en la cual se condenó a Andrade Zambrano por dos delitos de detención arbitraria, que lo fue el artículo 295 del Código Penal de 1936, aplicado por razones de favorabilidad, establecía como máximo imponible de pena el de *dos años* de prisión, y no prestaba, por tanto, fundamento para la concesión del recurso extraordinario, al tenor de lo que dispone el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

Dijo el Tribunal:

"Entonces, si para el fin concreto de la pena se aplicó la ley cuyo mínimo partía de seis meses y cuyo máximo no superaba en ningún

caso los 5 años, y éste es el factor determinante para la procedencia del recurso de casación, según los términos del artículo 569 del Código de Procedimiento Penal (en cuanto exige pena equivalente o superior a 5 años), tendrá que concluirse denegando la pretensión del señor abogado defensor.

"Esto, porque la *favorabilidad* de la ley nueva, no aplicada en la sentencia por improcedente (arts. 26 y 272 del C. P.), sólo tendría que ver con el recurso de que se trata, que siendo extraordinario por naturaleza, no se identifica ni corresponde a una especie de tercera instancia. Y, porque, además, no es acertado ni congruente, desintegrar un estatuto o legislación tomando ciertos preceptos o disposiciones para aplicarlos en determinado sentido y en un momento dado, y tomar luego preceptos aislados de un nuevo estatuto, por ejemplo, para aplicarlos en otro sentido para cierto fin, cuando de acuerdo a la oportunidad y el interés de 'parte' se consideran favorables" (fls. 30 y 31 del cuaderno del Tribunal).

En el auto por medio del cual negó la reposición interpuesta contra el anterior proveído y dispuso la expedición de copias de las piezas pertinentes del proceso y su envío a la Corte para que se resolviera sobre el recurso de hecho, reiteró y amplió los planteamientos el Tribunal (fls. 36 a 40).

Argumentos del recurrente:

Para el defensor el recurso de casación es procedente por cuanto la norma que al presente reprime el delito de detención arbitraria (art. 272 del C. P.) establece una pena imponible de uno a *cinco* años de prisión, máximo que satisface las exigencias del artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, norma orgánica del recurso en mención.

Y debe atenderse a esta situación legal abstracta y no a la concreta que quedó plasmada en la sentencia al ser su defendido condenado con apoyo en una norma del anterior estatuto penal, porque frente al recurso extraordinario de casación "en nada interesa el tratamiento que se le haya dado al procesado, ni bajo qué Código Penal, si el anterior o el vigente" pues el interés que surge es el de la defensa de la legalidad, pudiéndose decir que frente al recurso el reo o acusado es el fallo, no el procesado.

Ello, "porque la casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces" y "su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado".

Para el caso de que se estime que el tratamiento dado al procesado en la sentencia no es indiferente para efectos de la procedencia del recurso de casación, acude el defensor al principio de favorabilidad consagrado de manera expresa en el artículo 6º del Código Penal vigente para deprecar, con fundamento en él y de acuerdo con sus finalidades, el otorgamiento del recurso.

Se considera:

El artículo 569 del Código de Procedimiento Penal exige, para la concesión del recurso extraordinario de casación, que se trate de sentencias de segunda instancia, que hayan sido proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y que el delito que las motiva tenga señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Se trata, como puede fácilmente observarse, de una norma referida, por los aspectos de la penalidad, al Código Sustantivo de la materia. Se integran, de esa manera, para efectos de la competencia respecto del recurso, este artículo del procedimiento y la respectiva disposición del Código Penal con fundamento en la cual se dictó la sentencia y se individualizó la sanción.

Viene, entonces, la norma penal seleccionada por el fallador a surtir a la vez dos efectos, el de la fijación en concreto de la pena efectivamente aplicada al caso, y el de indicar la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de casación.

Si en situaciones como la que se analiza se presenta respecto de la norma sustantiva penal el fenómeno jurídico de la sucesión de leyes en el tiempo, es obvio que el fallo debe proferirse, como se hizo en este caso, con apoyo en la más favorable, que resultó ser la derogada, ya que establecía una pena entre seis meses y dos años de prisión, cuando la nueva la fija entre uno y cinco años.

Pero escogida esa disposición como la aplicable, e incorporada por lo mismo en el fallo, por ella han de regirse igualmente aquellos otros efectos que se encuentren supeditados a la misma, como ocurre con la viabilidad del recurso de casación.

No tendría explicación lógica el que se otorgaran efectos a la norma anterior para fijar con base en ella la pena efectivamente impuesta, y se le negaran a renglón seguido para el recurso, por estimar en este aspecto más favorable la nueva.

Se entiende que si la ley derogada está rigiendo el caso por ser más favorable en el aspecto sustancial que es el de la sanción, enerva, por lo mismo, la posibilidad de aplicación simultánea de la nueva sobre idéntico punto o sobre aquellos que dependen de éste. Lo contrario equivaldría a reconocer vigencia a ambas sobre una misma materia, que es lo que pretende el recurrente, pues respecto del mismo acto jurídico de la sentencia aspira a que la pena se rija por el anterior código (art. 295, prisión de seis meses a dos años), y el recurso de casación por el nuevo (art. 272, prisión de uno a cinco años).

Lo lógico, vuelve a repetirse, es que tanto la pena efectivamente impuesta en el fallo como el concepto de pena imponible para efectos del recurso, converjan hacia una misma disposición penal, y no cada uno de ellos hacia una diferente, máxime si se trata de leyes distintas, una de las cuales derogó a la otra.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la conclusión de que el Tribunal actuó correctamente al no conceder el recurso por improcedente.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Jùsticia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1. Declárase bien denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor de Míller Andrade Zambrano contra la sentencia de 17 de enero de 1983, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la de 21 de octubre de 1982, mediante la cual lo condenó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad a la pena de nueve meses de prisión por dos delitos de detención arbitraria.

2. Envíese la presente actuación al Tribunal de origen para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

AMNISTIA. CONCEPTO

La amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos llevados por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político, para mantener o restablecer la convivencia social y, por ende, la paz

Imcompetencia de la Corte para conocer por apelación o consulta de las decisiones que sobre la ley de amnistía tomen los Tribunales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 44.

Vistos:

Por apelación ha llegado a la Corte el auto proferido el 20 de enero de 1983 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Cali que negó la nulidad solicitada por el Fiscal Sexto de la Corporación de su providencia del 10 de diciembre de 1982, mediante la cual concedió la amnistía, en los términos de la Ley 35 de ese mismo año, al procesado *Oscar Hernán Hurtado Ramos* sindicado con otro del delito de daño en cosa ajena ante el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa capital.

Se considera:

La nulidad propuesta por el citado Fiscal se hace consistir en que el Tribunal concedió la amnistía al procesado en providencia de una de sus Salas de Decisión y no de la Corporación en pleno. Al mismo tiempo la objeta porque ordena la consulta careciendo de ese grado especial de jurisdicción.

El Tribunal con fundamento en el Decreto 1265 de 1970 negó la pretendida nulidad, pero aceptó que en el caso concreto la resolución no era consultable dada la punibilidad de la infracción por la cual se procedía. Este auto es el apelado.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita su confirmación. Sin embargo, la Corte estima que nó puede revisar ese pronunciamiento por cuanto no teniendo facultad para intervenir en los procesos de amnistía de la Ley 35 de 1982, tampoco la tiene para ejercer el control jurisdiccional de las incidencias en ella suscitadas. Si no tiene competencia para lo principal, con más veras debe permanecer ajena a lo que deviene como accesorio.

En efecto:

La amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos llevados por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político, para mantener o restablecer la convivencia social y, por ende, la paz. De aquí su naturaleza extraordinaria, su excepcional ocurrencia y tratamiento, y la necesidad imperiosa de que su concesión se haga sin demoras.

Si la amnistía, por sus efectos, impide la iniciación o la prosecución de la acción penal, si anula la pena y, finalmente, borra el delito, dedúcese también su índole excepcional y la urgencia de su otorgamiento mediante el desarrollo inmediato de la legislación que la establece, para, como es lógico, salvaguardar y garantizar su eficacia.

Si, además, por su naturaleza la amnistía es una medida impersonal, de carácter objetivo, esto es, que se decreta en razón del delito y no de quienes se encuentran comprometidos en su ejecución, síguese paralelas a estas connotaciones la innegable especialidad y suficiencia de la ley que la consagra.

En síntesis, por tratarse de una normación extraordinaria o excepcional frente a situaciones diversas y cambiantes, los estatutos penales ordinarios se ven precisados a desentenderse de su regulación, a fin de que el legislador lo haga según las conveniencias y apremios del momento y, por tanto, para que determine las condiciones del beneficio y el procedimiento expedito que debe cursar su pronto reconocimiento. Siendo así, resulta forzoso concluir, con sobrada razón, que todo estatuto de amnistía tiene que ser auto-suficiente *o llevar en sí mismo todos los elementos indispensables para su aplicación, salvo voluntad concreta del legislador en sentido contrario.*

Consecuente con estos postulados el Código Penal de 1936 guardó silencio sobre el tema de la amnistía, y el actual código la menciona simplemente en el artículo 78 para recordarla como motivo o causa de extinción de la acción y de la pena.

Y, el Código de Procedimiento Penal, no obstante que en su Libro 4, Título 2, le reserva el Capítulo 5, no intenta hacer una cabal reglamentación de ella, por el contrario, para recalcar su carácter singular y específico, que la excluye de las regulaciones comunes, precisa en el artículo 703:

"Corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con la Constitución Nacional, aplicar *la ley que haya decretado amnistías,* mediante el procedimiento en ella indicado" *(Subraya la Sala).*

Lo que significa que en el derecho procesal colombiano las leyes de amnistía deben establecer sus propios procedimientos, sus competencias específicas, grados de jurisdicción y recursos de todo orden. Sólo frente a remisión expresa pueden ser aplicados, de manera lícita, normas de otros ordenamientos.

Bajo estas premisas, la Ley 35 de 1982 presenta:

1. Fija la competencia en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para conocer, en forma privativa, de la amnistía. De tal manera el legislador alteró el curso normal de los procesos, pretermitió la primera instancia para darle al asunto mayor celeridad y un juez más calificado.

2. No mencionó al Ministerio Público como sujeto interviniente en el proceso de otorgamiento o denegación de la amnistía. Esta actitud del legislador tuvo un doble objetivo: Agilizar la tramitación mediante la eliminación del concepto previo del Ministerio Público y crear, por este modo, una cesación de procedimiento de plano, distinta a la ordinaria prevista por el artículo 163 del estatuto procedimental.

3. No indicó si esas decisiones interlocutorias se entendían de primera instancia y, por lo tanto, si debían consultarse o si eran susceptibles del recurso de apelación. El silencio sobre estos aspectos conduce a demostrar la autonomía total y absoluta de esta ley.

4. No estableció que el Código de Procedimiento Penal fuera tenido como legislación complementaria en todo aquello que no aparece expresamente disciplinado en ella. Esta remisión, usual en leyes especiales, fue omitida para no dar cabida a dilaciones y para no propiciar incertidumbres jurídicas de ninguna clase sobre la eficacia inmediata de este beneficio.

Aceptando estas observaciones la Sala, por unanimidad, reconoce:

a) La cesación de procedimiento que trae la ley de amnistía es excepcional porque no requiere concepto previo del Ministerio Público ni obedece a las causas ordinarias que determinan la aplicación del artículo 163 de la codificación procesal; y,

b) El auto interlocutorio que la concede o deniega no tiene el grado de jurisdicción llamado de consulta, porque precisamente en aquella ley no se consagra de modo expreso.

Pero, contrariando aquellas observaciones y estas últimas conclusiones, algunos sostienen:

a) Que si el beneficio debe otorgarse o negarse mediante auto interlocutorio como lo exige la ley de amnistía, tal resolución es susceptible del recurso ordinario de apelación de conformidad con el Código de Procedimiento Penal; y,

b) Que, consecuencialmente, la Corte es competente para conocer en segunda instancia, por la vía del recurso de apelación, de esas decisiones.

Para denotar el pretendido acierto de estos puntos de vista hacen referencia a informes o recomendaciones de la comisión parlamentaria que estudió el asunto donde se dijo que aquellos autos tendrían recurso de alzada.

Sin embargo, sobre estos dos aspectos es necesario recordar:

a) No todos los autos interlocutorios admiten recurso de apelación según el procedimiento penal ordinario. Concretamente este estatuto no traza pauta con respecto a este tópico en materia de amnistía, porque le es extraña;

b) La naturaleza de la providencia tampoco establece esta cuestionada apelabilidad para ante la Corte, pues es obvio que una resolución que pone fin al proceso o a la pena, sea motivada, pero no necesariamente apelable. Esto es lógico frente a razones de celeridad y seguridad jurídicas y ante falladores tan experimentados y capaces como los Tribunales Superiores;

c) La determinación de la competencia de la Corte para conocer de recursos de apelación en el procedimiento de concesión o negativa de la amnistía, no puede hacerse por interpretación extensiva. Una función de conocimiento de esta índole, tratándose del máximo organismo de justicia, no puede deducirse por vía analógica, implícita o supletoria. Debe señalarse de manera expresa, directa y precisa, como toda competencia; y,

d) La mención del recurso de apelación en los informes parlamentarios no tiene valor unívoco, puesto que puede entenderse como razón consignada para facilitar la aprobación de la ley, o como circunstancia de trámite que debía introducirse de manera explícita o concreta. Pero, sea lo uno y lo otro, o se arbitren otras explicaciones, lo cierto y atendible es que la ley finalmente desestimó esta previsión.

De toda la argumentación precedente sobre la amnistía de que trata la Ley 35 de 1982, se concluye:

I. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son los únicos competentes para otorgarla o denegarla.

II. Deciden mediante auto interlocutorio, o sea, debidamente motivado.

III. Esa especial resolución constituye una cesación de procedimiento o de pena de carácter excepcional.

IV. Tal determinación carece de consulta y no tiene recurso de apelación.

V. La Corte no se encuentra facultada legalmente para intervenir en el proceso de concesión o denegación de la amnistía.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Abstenerse de conocer la providencia apelada de fecha y origen señalados anteriormente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Salvamento de voto; *Luis Enrique Aldana Rozo,* Salvamento de voto; *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES ALFONSO REYES ECHANDIA Y LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Las siguientes son las razones que nos llevan a manifestar nuestro respetuoso disentimiento en relación con algunos de los fundamentos de la providencia mayoritaria.

Primero. La amnistía para delitos políticos es causal de extinción de la acción o de la pena (art. 78 del C. P.) que tiene su fundamento en lo preceptuado por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Política. Mediante la Ley 35 de 1982, se concedió una amnistía general cuyos alcances deben ser precisados.

a) Como la Carta fundamental no señala la autoridad que en concreto debe aplicar el beneficio, corresponde a la ley que la concede, determinar esa autoridad. En este mismo sentido se había pronunciado la Corte en precedente oportunidad cuando en auto del 23 de marzo de 1971 dijo: "...la Corte no dice quién debe darle aplicación a la norma de amnistía, esto es, ordenar la cesación del procedimiento en los negocios en curso, y por ello bien puede la ley disponer que sean autoridades judiciales las que deciden sobre esa gracia, como lo hizo la 36 de 1945 (art. 6º) y según se prescribió en los Decretos 1623 de 1954 (art. 2º) 2026 del mismo año (art. 1º) y 260 de 1956 (arts. 320, ord. 4º y 324 ord. 4º)" (CXXXVIII, 435).

De conformidad con lo anterior es obvio que una ley especial que otorgue la gracia de la amnistía y señala la autoridad que en concreto debe concederla, puede modificar el artículo 703 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye al Presidente de la República la aplicación de la ley que haya decretado amnistías y los artículos 324, numeral 4º, del Código de Justicia Penal Militar que confiere competencia al Tribunal Superior Militar para "resolver en primera instancia sobre el beneficio de amnistía" y el numeral 4º del artículo 320 del mismo ordenamiento que da competencia a la Corte para conocer, por apelación, de las sentencias sobre amnistía proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar;

b) El Código de Procedimiento Penal no establece un trámite especial para la aplicación de la ley de amnistía; se limita a decir que ésta se concederá "...mediante el procedimiento en ella —la ley— indicado".

Por manera que en atención a lo anteriormente dicho, corresponde a la ley que concede la amnistía determinar la autoridad llamada a concederla y establecer el procedimiento para otorgarla.

Segundo. En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la concesión de la amnistía es necesario, igualmente hacer algunas consideraciones con el fin de evitar equívocos.

a) Dispone el artículo 4º de la Ley 35 de 1982 que el Tribunal "...decretará la cesación de procedimiento por medio de auto interlocutorio". Recuérdese, sin embargo, que esta norma no aparecía consignada de esta manera en el proyecto original, pues allí se hablaba de una libertad provisional para los sindicados y de la suspensión condicional de la pena para los condenados (arts. 1º y 2º), que debería conceder el juez que tuviera el proceso, en decisión contra la cual no procedía recurso alguno (art. 3º). Posteriormente se introdujeron algunas modificaciones y en el pliego pertinente apareció el artículo 4º que era del siguiente tenor:

"Las autoridades que estén conociendo, por competencia, por cualquier recurso o por consulta algún proceso relacionado con las infracciones a que se refieren los artículos 1º y 2º de esta ley, procederán a decretar la cesación de procedimiento y de conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Tal providencia deberá ser consultada".

Con respecto a este artículo se dijo en la exposición de motivos, lo siguiente:

"Finalmente, la subsumisión consideró que el trámite establecido en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, resulta muy engorroso, que implica el concepto previo del Ministerio Público, hace obligatoria la consulta de la providencia que se dicte en uno u otro sentido, razón por la cual, después de haberse pensado en el reenvío de los expedientes, una vez dictadas las providencias por los Tribunales Superiores a dicho artículo, se optó por la fórmula establecida en el artículo 705 del Código de Procedimiento Penal. Es que, como bien lo describió la subcomisión, si bien todos tenemos interés en que esta ley se aplique con seguridad y con seriedad, también resulta de mucha importancia la celeridad..." (*Anales del Congreso*, número 67 del 21 de octubre de 1982).

Este punto fue ratificado en la ponencia para segundo debate suscrita por el honorable Representante Carlos Mauro Hoyos. En ella se dijo: "El procedimiento por medio de auto interlocutorio distinto al trámite del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal hace más rápida la aplicación de la amnistía" (Diario Oficial número 36133 *bis* del 20 de noviembre de 1982, pág. 552).

De manera que un examen de los antecedentes de la Ley 35 de 1982 lleva a la conclusión de que fue inicial propósito del legislador el que la amnistía se tramitara por la vía del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal; no obstante, prevaleció el criterio de que la cesación de procedimiento se concedería por medio de un auto interlocutorio, para acelerar el trámite, pues por esta manera se evita el traslado previo al agente del Ministerio Público y el grado jurisdiccional de la consulta.

b) Como la Ley 35 de 1982 expresamente dispone que la decisión sobre la amnistía debe tomarse mediante un auto interlocutorio, surge

de esta premisa la necesidad de reconocer que contra dicho auto proceden los recursos ordinarios de esta clase de providencias.

Los trabajos preparatorios de la ley que constituyen la historia fidedigna de su establecimiento y, por lo tanto, aconsejable mecanismo de hermenéutica para precisar su alcance, así lo indican. En efecto, en la citada ponencia del Representante Carlos Mauro Hoyos se lee:

"Es conducente reparar en la calidad de la autoridad que aplicaría la ley: Los Tribunales Superiores; y fue unánime la aceptación en la subcomisión de la fórmula para que ellos se encargaran del estudio de los distintos procesos, que es garantía para los implicados, por la jerarquía del fallador. El mismo recurso ante la Corte Suprema de Justicia es otra garantía y servirá además para que se unifique la jurisprudencia en este arduo tema de los delitos políticos que tanta controversia suscita".

Además de conformidad con lo preceptuado por el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, todos los autos interlocutorios son apelables. Esta regla no tiene operancia, sólo en los siguientes casos:

1. Cuando el legislador expresamente dispone que un auto de esta clase no tiene recurso de apelación. Tal es el caso de la providencia que niega la recepción de indagatoria, que es interlocutoria porque en ella se niega un medio de prueba en decisión que debe ser motivada, pues "contra esta providencia sólo procede el recurso de reposición que interponga el agente del Ministerio Público" (art. 384 del C. de P. P.). Tampoco procede el recurso de apelación contra el auto que decide una solicitud de *habeas corpus*, por expreso mandato del artículo 422 *ibídem*.

2. Cuando los autos exigen un procedimiento especial que concluye, sin necesidad de apelación con una revisión que deba hacer el superior. Tal es el caso de los autos que deciden sobre un impedimento o recusación (arts. 79 y ss. del C. de P. P.) inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (que así lo indica en forma expresa), o de aquellas que dirimen un conflicto de competencias (arts. 69 y ss. del C. de P. P.).

3. Cuando ciertos autos, por razón de su naturaleza, sólo pueden ser dictados por el funcionario de primera instancia. Tal es el caso de los interlocutorios que se dictan con fundamento en el numeral 9º del artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, pues transcurrido el término que allí se indica y cuando exista mérito para llamar a juicio, sólo el juez del conocimiento está en posibilidad de negar la excarcelación y disponer de inmediato el cierre de la investigación.

Como la amnistía se concede por medio de un auto interlocutorio que no está exceptuado legalmente de los recursos que están contra esta clase de providencias, es obvio que ésta es susceptible de los recursos ordinarios previstos en la ley (arts. 194 y 196 del C. de P. P.).

c) Por último cabe anotar que el recurso de apelación contra el auto que resuelve sobre la concesión de la amnistía es la necesaria consecuencia del principio de la doble instancia, vigente en nuestro ordenamiento.

En efecto, tal principio está consagrado en el artículo 3º de la Ley 16 de 1972 que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Ley 74 de 1966 que incorporó a nuestra legislación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

En esta forma dejamos consignado nuestro salvamento de voto.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo.

Bogotá, mayo 19 de 1983.

COLISION DE COMPETENCIAS

La colisión de competencias es fenómeno procesal y solamente puede suscitarse entre funcionarios del conocimiento y nunca entre funcionarios de instrucción o entre estos y un competente para fallar o decidir

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 44 de 17 de mayo de 1983.

Vistos:

Se ocupa la Sala de una supuesta colisión de competencia entre los Jueces 10 de Instrucción Criminal del Guamo (Tolima) y 33 de Instrucción Criminal de Bogotá (Cundinamarca).

Las discrepancias de los dos funcionarios nacen de la denuncia que formuló en Bogotá el señor Libardo Lozano Cañizales, en representación de la "Sociedad Internacional para la conciencia de Krama", en contra de Alvaro Rodríguez y otro posiblemente apellidado Rivera y con aspecto de "llanero". Todo gira en torno del contrato de compraventa realizado en Bogotá el 7 de marzo de 1982, por el cual Lozano Cañizales vende a Rodríguez una casa-móvil marca "Dodge", modelo 1976, por valor de $ 1.700.000.oo que debían pagarse así: $ 900.000.oo para el arreglo de impuestos y gastos de matrícula y $ 800.000.oo al firmar la tarjeta de propiedad a nombre del comprador, "es decir los documentos de traspaso del vehículo", según expresión del denunciante.

En el Guamo se hizo dicho "traspaso" y allí Lozano Cañizales recibió el cheque número 2671229 de la oficina principal del Banco de Bogotá, por $ 800.000.oo, que resultó luego proveniente de una "chequera robada". Las llaves del aparato y éste, según la denuncia fueron entregadas en el Guamo, según el único declarante Benjamín Rivera Jaimes, acompañante del denunciante, esa entrega se sucedió en Girardot.

El Juzgado 10 de Instrucción Criminal del Guamo, provocador de la colisión en este caso, dice que la competencia para conocer del proceso corresponde al Juez 33 de Instrucción Criminal de Bogotá que lo había remitido al Guamo sin provocar colisión. Afirma que la negociación se realizó en Bogotá, que en esta ciudad se recibió la denuncia,

que el cheque está girado contra un banco bogotano y que en Girardot se verificó la entrega del vehículo. Estas razones no las aceptó el Juez 33 de Instrucción de Bogotá sobre la base de que si se trataba de un delito de estafa el cheque se había entregado en el Guamo y allí se había efectuado la entrega del vehículo y el traspaso del mismo, y, que si por razón de dicho cheque se pensaba en un delito de falsedad en documento y se desconocía el sitio exacto en donde se realizó, debían seguirse las reglas de la competencia "a prevención", caso en el cual la competencia correspondía a quien abrió la investigación.

Para resolver el punto así planteado la Sala efectúa las consideraciones que siguen:

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 67 dice que "hay colisión de competencia cuando dos o más jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos".

La palabra "conocimiento" que utiliza la norma en cita se refiere al funcionario judicial en quien confluyen todos los factores previstos por la ley para señalarlo, sin lugar a dudas, como fallador de un determinado proceso en su primera instancia; es decir, aquel que resulta competente para juzgar cada caso por razón de la naturaleza del hecho, del territorio en donde se realizó, de la persona justiciable y, en algunas ocasiones también por la cuantía como acontece con los delito contra el patrimonio económico y por las consecuencias en los de lesiones personales.

Lo dicho sirve, además, para explicar el porqué aparece allí, en la misma disposición, el vocablo "exclusivamente" pues él indica que tal conocimiento se tiene con prescindencia de cualquier otro juzgador.

Todos los funcionarios del conocimiento lo son también de instrucción porque así lo dispone el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal. Pero no todos los funcionarios de instrucción lo son del conocimiento. Esto último sucede con los Jueces de Instrucción Criminal (numeral 6º del artículo citado) y con cualquier juez que a pesar de ser instructor y fallador solamente instruya un asunto correspondiente a la competencia falladora (conocimiento) de otro.

De la redacción del artículo 67 del ordenamiento procedimental en vigencia (Decreto 409 de 1971), transcrito al principio, se deduce con claridad que la colisión de competencia allí prevista es fenómeno procesal y que solamente puede suscitarse entre funcionarios del conocimiento y nunca entre funcionarios de instrucción o entre estos y un competente para fallar o decidir. Por tanto, cuando en un determinado proceso se le presente al funcionario de instrucción un problema de competencia lo correcto es enviarlo al juez del conocimiento, sin interrumpir la investigación, para que éste, si lo tiene a bien, provoque o no el incidente de colisión.

De la imposibilidad para que exista colisión de competencia entre simples instructores se ha ocupado la Sala, más o menos recientemente, como se ve de las providencias de 10 de agosto de 1977 y 15 de junio de 1978. Cuando regía el código anterior, Ley 94 de 1936, el tema puede

hallarse en los autos de 30 de julio de 1940 (G. J. Tomo XLIX, número 1196, pág. 871), 1º de marzo de 1943 (G. J. Tomo LV, números 1993 a 1998, pág. 99) y 28 de octubre de 1957 (G. J. Tomo LXXXVI, números 2188-89 y 90, pág. 601). Existe un antecedente curioso en la providencia de 27 de julio de 1955 (G. J. Tomo LXXX, número 2155, pág. 838), pues en ella se resuelve un problema de la misma naturaleza mediante auto de sustanciación.

Como consecuencia de lo dicho y ante la imposibilidad de que pueda trabarse y decidirse una colisión apenas aparente como la del caso en examen, la Sala debe optar por abstenerse de resolver sobre el particular.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal,

Resuelve:

Abstenerse de resolver en el presente asunto porque no puede darse colisión de competencia entre funcionarios de instrucción.

Notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Alcances del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobada: Acta número 46.

Vistos:

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Sincelejo contra el auto en que dicha Corporación decidió mayoritariamente abstenerse de iniciar sumario al doctor *Rafael Valencia* en su condición de juez adjunto Primero Penal del Circuito de aquella ciudad.

Hechos:

El abogado Jesús Caballero Alvear denunció al juez adjunto Primero Penal del Circuito de Sincelejo por haberle solicitado dinero para emitir favorablemente al procesado sentencia en negocio que debía fallar. Agrega el denunciante que ante su negativa el exfuncionario profirió sentencia condenatoria que más tarde el Tribunal revocó.

Resultandos y considerandos:

1. Inicialmente el abogado Caballero Alvear consignó aquella imputación en el escrito en que sustentó ante el Tribunal del recurso de apelación de la sentencia condenatoria proferida contra su cliente. Posteriormente en el curso de las diligencias de indagación preliminar decretadas, lo ratificó y amplió en declaración jurada (fls. 21/3).

2. En esas mismas diligencias manifiesta la secretaria del juzgado Lucy Alvarez que en alguna ocasión el abogado Caballero le contó que el doctor Valencia le había pedido cinco mil pesos para fallarle el negocio (fl. 19).

3. En certificación jurada el doctor Félix Enrique Pardo Castellón por aquel entonces juez titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo admite que aunque no le constan los hechos denunciados, su secretaria Lucy Alvarez se los comentó (fl. 28).

4. La mayoría de la Sala considera en el auto materia de este recurso que como de las diligencias practicadas no se desprende la comisión "de la infracción penal por la cual se acusa al exjuez" y como ellas, al contrario, "despojan de toda significación" las imputaciones del denunciante, ha de proferirse auto inhibitorio.

5. De tal determinación se apartó el Magistrado Vergara Cárdenas en salvamento de voto en el que advierte que la acusación del abogado Caballero contiene hecho previsto en la ley penal como delito de concusión y debe ser investigada.

6. De ese mismo criterio participa el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en el concepto emitido ante esta Corporación.

7. De conformidad con lo indicado en los artículos 318 y 319 del Código de Procedimiento Penal para iniciar sumario basta que exista información seria y creíble de que se ha realizado hecho descrito en la ley penal como punible, sea que tal información se halle contenida en una denuncia (art. 14 del C. de P. P.) o que provenga de otras fuentes. *Para emitir auto inhibitorio exígese, en cambio, como lo dispone el artículo 320* ibídem, *demostración atendible de que el hecho informado no ocurrió realmente, o que no está descrito legalmente como punible o que la acción penal no podía iniciarse. Cuando existen dudas sobre una u otra decisión por falta de elementos de juicio, el código ha previsto la indagación preliminar (art. 320* bis*) con una precaria duración y con la exclusiva finalidad de allegar información adicional indispensable para despejar la incertidumbre inicial.*

8. Si se examina con tales criterios esta situación, habrá de concluirse que la imputación hecha por el doctor Caballero Alvear al exjuez Valencia es concreta, seria y reiterativa, está descrita en el Código Penal como delito y no ha sido en manera alguna hasta ahora desvirtuada; a darle más bien credibilidad contribuye el hecho de haberla comunicado a la secretaria del juzgado y luego a la propia Sala del Tribunal. Por eso se impone su investigación por la vía del auto cabeza de proceso; ya arrojará el sumario datos suficientes para decidir en su momento sobre la plena existencia del delito y sobre la responsabilidad o inocencia del imputado.

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

Revocar el auto apelado y, en su lugar, disponer la iniciación del respectivo sumario para que se investigue el hecho denunciado por el abogado Jesús Caballero Alvear.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ESTABILIDAD DE LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS

El legislador estableció la estabilidad de los cargos para los empleados subalternos de los juzgados y de las fiscalías por el respectivo período constitucional y legal del titular

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 47.

Vistos:

Por apelación oportunamente interpuesta y concedida, revisa la Corte el auto del 14 de octubre de 1982, proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual se abstuvo de abrir investigación en contra del doctor *Carlos Alberto Barrera Duanka* por los presuntos delitos de prevaricato y falsedad.

Hechos:

El denunciante, Carlos Ariosto Carreño Betancourth, por Decreto número 014 del 31 de mayo de 1980, dictado por el titular del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada (Departamento del Meta), a la sazón, a cargo del doctor Joaquín Pinzón Garzón, fue declarado insubsistente del cargo de secretario de ese despacho judicial, para el cual había sido designado en interinidad por Decreto número 003 del 1º de octubre de 1979 y del cual tomó posesión el mismo día; y, por Decreto 05 del 31 de octubre de aquel año, fue nombrado en propiedad, tomando posesión, en esa calidad, en la fecha.

Mediante el trámite del proceso ordinario laboral de plena jurisdicción, consagrado en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitó, por medio de apoderado la nulidad del decreto que lo declaró insubsistente en el cargo, y la orden de reintegro, con retroactividad al 31 de mayo de 1980 hasta el vencimiento del período constitucional y legal para el cual fue nombrado.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Villavicencio, por sentencia del 24 de julio de 1981, despachó favorablemente las pretensiones del actor, decretando el reintegro de éste, "...con retroactividad al 1º de junio de 1980 hasta el vencimiento del período legal para el cual fue nombrado (agosto 31 de 1981), o hasta que sea legalmente separado del mismo cargo".

El anterior fallo fue confirmado por el honorable Consejo de Estado por sentencia del 21 de octubre de ese mismo año.

Con fundamento en estas sentencias, comunicadas al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada, mediante oficio número 249 de diciembre 15 de 1981, firmado por el secretario del Tribunal Contencioso Administrativo de Villavicencio, Carreño Betancourth demandó su reintegro, el cual fue negado por providencia del 19 de enero de 1982, la que fue ratificada por decisión del 16 de abril del año pasado.

Estimó el denunciante que tal proceder del juez Barrera Duanka quebrantaba la ley penal, lo mismo que haber demorado la expedición de un certificado.

Actuación procesal:

1. Carlos Ariosto Carreño Betancourth presentó denuncio ante el Tribunal Superior de Villavicencio por los presuntos delitos de prevaricato y falsedad: prevaricato, dice, porque no dio cumplimiento el doctor Barrera Duanka a las sentencias de lo contencioso administrativo; y, presunta falsedad "...ya que, con posterioridad al auto que me negó la reposición del reintegro, ordenó la expedición de unas copias y luego me niega la expedición de una certificación".

2. Ratificado el denuncio, el Tribunal dispuso la práctica de diligencias preliminares, solicitando al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada copia íntegra del expediente relativo a la demanda de reintegro; y, copias de la primera y segunda instancia de las sentencias de lo contencioso administrativo.

3. Satisfecho lo anterior, por interlocutorio del 14 de octubre del año pasado, consideró ese Tribunal que los hechos denunciados no eran constitutivos de infracción penal, absteniéndose de abrir investigación.

4. Alegatos.

a) El denunciante, en escrito presentado en tiempo, reitera su criterio en el sentido de seguir calificando como delictivo el proceder del doctor Barrera Duanka, demandando la revocación de la providencia que ha recurrido.

b) Por su parte el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal invoca la confirmación del auto porque en su sentir el funcionario denunciado obró correctamente, toda vez que las sentencias de lo contencioso administrativo dispusieron el reintegro del denunciante "...hasta el vencimiento del período legal para el cual fue nombrado (agosto 31 de 1981), o hasta que sea legalmente separado del mismo cargo..."

Enfatiza que la solicitud para el reintegro la presentó el exsecretario en enero de 1982; y, que además, éste, en forma expresa renunció al reintegro. Por demás el juez acusado, tramitó el recurso de reposición, concluyendo el señor Procurador Primero Delegado que el auto inhibitorio del Tribunal de Villavicencio se ajusta a derecho.

Consideraciones de la Corte:

1. El período constitucional de los jueces en las diferentes categorías y denominaciones es de dos años. El anterior al que está en curso, se inició el 1º de septiembre de 1979 para terminar el 31 de agosto de 1981.

2. El legislador estableció la estabilidad en los cargos para los empleados subalternos de los juzgados y de las fiscalías por el respectivo período constitucional y legal del titular (art. 2º de la Ley 15 de 1972 y Decreto 1660 de 1978, art. 48).

3. El período constitucional de los jueces que se inició el 1º de septiembre de 1979, terminó el 31 de agosto de 1981; y, con éste la estabilidad de los empleados subalternos nombrados por éstos.

4. Prescribe el artículo 119 del Decreto 1660 de 1978:

"...El empleado que obtenga la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual fue removido, tendrá derecho al reintegro a su cargo si aún no ha finalizado el período para el cual fue nombrado, y en todo caso al pago de los sueldos y demás emolumentos y prestaciones a que hubiere lugar, desde el momento de la desvinculación hasta la fecha de la finalización del respectivo período..."

5. La sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa causó ejecutoria en los primeros días de noviembre de 1981; y, el período constitucional había terminado el 31 de agosto de ese año, desprendiéndose que el actor Carlos Ariosto Carreño Betancourth ya no podía pretender reintegro al cargo. Solamente a sus salarios, emolumentos, primas, etc., desde que fue declarado insubsistente hasta aquel 31 de agosto.

6. El juez acusado aplicó correctamente la norma al caso, de donde se colige, claramente que, la resolución de enero 19 de 1982, confirmada por la del 16 de abril del año pasado no es hecho constitutivo de infracción penal, como acertadamente lo declara el Tribunal.

7. De importancia especial resulta destacar que al folio 80 obra el memorial suscrito por el exsecretario Carlos Ariosto Betancourth, renunciando al reintegro ordenado en la sentencia, el cual fue presentado personalmente por éste el 4 de marzo de 1982 ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Granada y luego por el apoderado, el mismo día, al primero de la misma denominación. Pudiera expresarse que el juez denunciado se excedió en garantías al tramitar el recurso de reposición a instancias del apoderado de Carreño Betancourth, cuando el titular del derecho y mandante había renunciado a su pretensión. Ningún reproche merece la actitud del doctor Barrera Duanka por este aspecto.

8. El cargo sobre presunta falsedad por negarse a expedir copias no tiene respaldo alguno. Afirma el denunciante que no accedió a ordenar una certificación con relación a su reintegro. El juez, por auto del 3 de junio de 1982 dispuso tal certificación, una vez regresara de Villavicencio el despacho comisorio número 10 que se refería a la notificación del agente del Ministerio Público del auto del 16

de abril de ese año, en virtud del cual no repuso el que negó el reintegro. Es legal tal condicionamiento porque la certificación debía contar con la previa notificación de la decisión. Lo contrario implicaría que sería inidónea, toda vez que habría que anotarle la falta de debida notificación. Y al folio 91 obra el auto por medio del cual dispuso expedir copias de toda la actuación a favor del doctor Ramiro Gómez Espinosa, apoderado del demandante. Este profesional recibió copias de todo lo actuado en abril 28 de 1982, según atestación suscrita por él mismo. Por manera que en ningún momento privó al denunciante o a su apoderado de tener a disposición documento alguno.

Las consideraciones precedentes son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con éste, *Confirme* el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION
DEMANDA ANTITECNICA

Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan grave y claro defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ella se pretendió sustentar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano.*

Aprobado: Acta número 47 de 26 de mayo de 1983.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia de 31 de marzo de 1983, del Tribunal Superior de Popayán, que confirmó con aumento de pena el fallo condenatorio dictado por el Juzgado 5º Penal del Circuito de la misma ciudad, en este proceso que por un concurso de tres delitos de "falsedad en documentos" se adelantó en contra de *Ary Eduardo Guzmán Satizábal.*

1. Los hechos:

Ary Eduardo Guzmán Satizábal giró los cheques 424158 por $ 1.000.oo, 434149 por $ 1.000.oo y 424146 por $ 8.000.oo, a favor del Nuevo Acueducto de Popayán, Cruz Elvio Valencia y Laurentino Benítez respectivamente, con fechas del 11, del 2 y del 10 de febrero de 1980 (fls. 1, 25 y 167). Los tres títulos-valores fueron sacados de una chequera extraviada correspondiente a la cuenta corriente número 2407-2 que tienen en el Banco Ganadero de Popayán las Damas Grises de la Cruz Roja.

2. Actuación procesal:

El Juzgado 5º Penal del Circuito de Popayán inició la investigación el 15 de febrero de 1980. Después el proceso pasó al Juzgado 3º Superior y allí se enjuició al procesado por un concurso de tres delitos de falsedad en documentos y, realizada la audiencia pública, se le condenó por dichas infracciones a la pena principal de quince (15) meses de

prisión en sentencia de 21 de enero de 1982 y se le concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional. El Tribunal Superior de Popayán conoció del asunto por consulta de dicha sentencia y la confirmó mediante fallo de 31 de marzo de 1982 que modificó la pena para elevarla a diecinueve (19) meses de prisión y revocó la concesión de la condena de ejecución condicional. Esta providencia es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

3. La demanda:

Dice el demandante, y con sus propias palabras, que la sentencia impugnada "es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea". No cita ninguna disposición del Código de Procedimiento Penal, para enunciar la causal alegada sino que, de allí en adelante, se lanza a la realización de un extenso examen de las pruebas que aparecen en el expediente, oponiendo su criterio valorativo al del juzgador, y sin decir si éste erró en su apreciación de hecho o de derecho. Después y en lo que parece ser un resumen de todo dice que la sentencia "es violatoria de la ley por aplicación indebida o interpretación errónea de las pruebas". Al final solicita casar la sentencia y reemplazarla de conformidad con lo previsto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, única disposición procedimental que, bien miradas las cosas, cita.

4. Contestación del Ministerio Público:

Empieza el Procurador Primero Delegado en lo Penal con la cita y transcripción del artículo 578 del Código de Procedimiento Penal sobre los requisitos que debe reunir la demanda de casación y cita y transcribe el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal sobre el mismo tema para concluir que: "El incumplimiento por el demandante de estas exigencias legales determina que la honorable Corte Suprema de Justicia deseche de plano el libelo, sin que sea necesario ocuparse del fondo de la cuestión". Luego, en cuarto punto, analiza los múltiples errores de la demanda y concluye por solicitar que no se case la sentencia impugnada.

5. Las consideraciones de la Sala:

Tiene razón el Ministerio Público al decir que no cumplió el censor con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación y que, por tan claro y grave defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ella se pretendió sustentar.

Esos requisitos están consignados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal que guarda innegable similitud con el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil y basta releerlos para saber que no fueron observados en la impugnación que se diluye en un mar de apreciaciones acerca de la prueba que recogió el proceso como si de un simple alegato de instancia se tratara.

Contiene un resumen apresurado de los hechos que motivaron el proceso y unas breves alusiones a las actuaciones procesales que siguieron, pero no expresan con claridad y precisión los fundamentos de la causal que aduce para pedir la infirmación del fallo y mucho menos cita las disposiciones sustanciales que considera infringidas.

Por otro aspecto, habla de violación directa de la ley sustancial pero al desarrollar su pensamiento efectúa un extenso examen de la prueba recogida, con lo cual se llega a saber, casi por adivinación, que lo que busca es comprobar una violación indirecta pues resulta sabido que cuando se aduce la violación directa de la ley sustancial se aceptan los presupuestos fácticos de la sentencia y la manera que tuvo el juzgador para evaluar la prueba.

Además, y sobre el supuesto de que la impugnación se enclava en el cuerpo segundo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que no aparece citada en el libelo, se trata simultáneamente de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea cuandoquiera que esta última, como resulta obvio, no puede compaginar con las otras dos sin desconocer el principio de la no contradicción. Falta de aplicación y aplicación indebida sí constituyen motivos complementarios en la impugnación.

Finalmente, aunque podría escribirse mucho sobre tan defectuoso libelo, siempre considerando que se trata de una censura por violación indirecta, el desconocimiento de la técnica de casación se acentúa más aún al ver que luego del copioso examen probatorio para nada dice si se trata, por parte del juzgador, de errores de derecho o errores de hecho que aparezcan manifiestos en los autos.

En consecuencia, la Sala comparte las apreciaciones que sobre los múltiples defectos de la demanda puntualiza el Procurador Primero Delegado en lo Penal y cree con él que "no está por demás insistir en que la técnica de casación es un requisito legal y que su desconocimiento determina el rechazo del recurso propuesto" ante la imposibilidad de corregir o enmendar los vicios de la demanda.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia objeto del recurso.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º HABEAS CORPUS

DETENCION PROVISIONAL DE UN REQUERIDO, Y, ASPECTOS QUE TOCAN CON LA MISMA

Recursos de la índole de nuestro habeas corpus —Arts. 417 y ss. del C. de P. P.— son ajenos a las situaciones que genera la extradición

Corresponde al Ministerio de Justicia, hacer efectiva la detención provisional de un requerido, así como resolver aspectos que tocan con la misma

2º EXTRADICION

a) Personas ausentes del país;

b) Sin determinar su identidad física.

Fundamento objetivo y límites de la extradición

CAMBIO DE DOCTRINA

Si nada se sabe sobre este particular o se desconoce su paradero, o es posible deducir por las iniciales indagaciones que está fuera del territorio colombiano, la Corte debe inhibirse en la formulación de su concepto. Otro tanto ocurre cuando no ha sido posible determinar la identidad física del requerido y está en duda si se trata de la misma persona autora o cómplice del hecho o hechos delictuosos que motivan el pedimento de la extradición. El instituto traduce para el delincuente la seguridad de saber que su conducta, vaya donde vaya, no quedará impune, pero a su vez, no permite negar garantías fundamentales de procedimiento ni desentenderse de los derechos humanos, ni establecer una doble sanción para el mismo comportamiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 47 de 26 de mayo de 1983.

Vistos:

Por intermedio de su Embajada, acreditada en Colombia, el Gobierno de los Estados Unidos de América, ha solicitado en nota verbal la extradición de *Armando Benítez, José Iván Duarte Acero* y *Jairo David Valencia Cárdenas.*

Se afirma y demuestra que las mencionadas personas han sido llamadas a juicio en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida (Miami), en decisión de 11 de junio de 1982 —82-292-CR-JAG—, para responder de los siguientes cargos: "Asociación para asesinar funcionarios federales" (Título 18 Secciones 1114 y 1117 del Código de los Estados Unidos); "ataque o ayuda o instigación para el ataque a funcionarios federales con armas mortíferas" (Tit. 18, Secc. 111 y 2 *ibídem*); "robo a las personas, de bienes de propiedad del Gobierno de los Estados Unidos" (Tit. 18, Secc. 2112 y 2 *ibídem*). Contra estos procesados se decretó su privación de libertad, en los Estados Unidos, y el Ministerio de Justicia de Colombia, en resolución de 14 de septiembre de 1982, ordenó su detención provisional.

Igualmente se invoca el Tratado de Extradición celebrado entre los Estados Unidos de América y la República de Colombia, del 14 de septiembre de 1979, que entró en vigencia el 15 de julio de 1982 (Decreto 1781 de 1982, 7 de junio, publicado en el Diario Oficial número 36046 de 15 de julio de 1982), contempla los delitos de homicidio, robo y asociación, en los artículos 2(1) (a) del Tratado y S.1 y 3 del Apéndice; 2(1) (A) del Tratado y 9 del Apéndice; y a (4) (A) del Tratado, respectivamente.

Se informa, además, que Armando Benítez es persona nacida en Cuba, el 1º de enero de 1939 y extranjero residente en los Estados Unidos; que José Iván Duarte Acero, está actualmente detenido en la ciudad de Cartagena y es colombiano, con cédula de ciudadanía número 19.167.363 de Bogotá; y que Jairo David Valencia Cárdenas, es portador de la cédula de ciudadanía número 14.489.678, al parecer falsificada. También se dice, sobre este último que "la embajada tiene motivos para creer que el señor Valencia es ciudadano cubano. Actualmente ...puede estar residenciado en la ciudad de Barranquilla".

Se sabe, según el auto de proceder dictado por el Juzgado Tercero Superior de Cartagena (agosto 13 de 1982) que los señores Kelly Mc. Cullough y Charles Lázaro Martínez, como agentes estaudinenses pertenecientes a la DEA (Drug Enforcement Administration), realizaban algunas indagaciones en la mencionada ciudad, particularmente relacionada con el señor René Benítez Benítez. En la noche del 10 de febrero del citado año, estaban alojados en el hotel "Don Blas". Ese día varias personas, entre ellas los Benítez Duarte y el supuesto Valencia Cárdenas, intentaron penetrar a la habitación de los ciudadanos norteamericanos, fingiéndose autoridad, concretamente Duarte pasó por debajo de la puerta una identificación laminada como perteneciente al F-2 de la Policía. Franqueado el acceso, despachado el personal de seguridad del hotel, despojados de sus armas y documentos, Cullough y Lázaro fueron conducidos en un jeep a la población de Turbaco. En este recorrido Lázaro fue herido con arma de fuego en un pie. Finalmente trataron en despoblado, de darles muerte: René Be-

nítez disparo sobre Charles Lázaro" y le dio en un hombro, después se le acercó y le apuntó a la cabeza y disparó, pero el arma no dio fuego, lo que aprovechó (Lázaro) Martínez para escaparse, habiendo llegado después de muchos obstáculos al hospital de la Base Naval. En cuanto al agente Mc. Cullough, cuando René Benítez apuntó a (Lázaro) Martínez, él trató de arrebatar el arma a Duarte, cosa que no pudo, pero empezó a correr y fue perseguido por éste, quien le hizo varios disparos, haciendo impacto en la pierna izquierda y en la nalga derecha del citado Mc. Cullough, éste se cayó y Duarte le hizo otro disparo en el suelo, hiriéndolo en la parte derecha del cuello y alejándose del lugar, cosa que aprovechó el norteamericano para escaparse..."

El referido auto de proceder formula a René Benítez y José Iván Duarte Acero, el cargo de autores de los delitos de tentativa de homicidio y usurpación y abuso de funciones públicas; y, a Armando Benítez y Jairo David Valencia Cárdenas, como cómplices en tales infracciones.

Alegaciones del señor apoderado de Duarte Acero, doctor Julio Salgado Vásquez.

Niega la procedencia de la extradición solicitada "porque los delitos imputados se cometieron en el territorio colombiano"; igualmente el que Duarte y René Benítez "no pueden ser juzgados por las autoridades judiciales de los Estados Unidos de América por cuanto ya lo están siendo por la justicia colombiana"; que, no puede hablarse de "conspiración para matar a un funcionario de los Estados Unidos" ni "asalto con arma peligrosa de un funcionario de los Estados Unidos", porque Mc. Cullough y (Lázaro) Martínez no podían considerarse como tales. Sostener tesis distinta "conduce a la negación de la soberanía colombiana, porque parte del supuesto de que el territorio nacional está sometido a las autoridades policivas norteamericanas", suprime la colaboración de "las autoridades policivas colombianas... con los demás Estados en la persecución de los delincuentes y la sustituye por la intervención de policías extranjeros que invaden el territorio nacional so pretexto de capturar delincuentes". El apoderamiento de los pasaportes y de las credenciales de Agentes Especiales de la DEA, no pueden apreciarse como "robo de bienes pertenecientes a los Estados Unidos" que sí, a lo sumo, "como sustracción, ocultamiento o destrucción de documentos" cuya finalidad es esencialmente probatoria, y no el de representar valores económicos. En consecuencia, el perjudicado no sería el Estado que expide el pasaporte, sino la persona en cuyo favor se ha extendido. Finalmente, "en la demanda de extradición se eleva a la categoría de delito autónomo la complicidad, calificándola como conspiración para matar a un funcionario de los Estados Unidos..., cuando lo cierto es que los llamados delitos de conspiración y complicidad... no son más que circunstancias o elementos del delito de tentativa de homicidio".

Consideraciones de la Sala:

1. El apresamiento de Armando Benítez, en los Estados Unidos, ha llevado a retirar el pedimento de extradición. De ahí que se omita todo comentario sobre el particular, en este concepto.

2. En cuanto a Jairo David Valencia Cárdenas, debe anotarse que, siguiendo la práxis judicial imperante, se le emplazó (art. 382 del C. de P. P.) y se le designó apoderado de oficio.

Sobre este incriminado debe decirse lo siguiente:

a) *La Corte estima necesario cambiar de doctrina en cuanto a conceptuar respecto de la extradición de personas sobre las cuales se sabe, a ciencia cierta, que no se encuentran en el país, o, existe demostración probable en igual sentido, esto es, que no se hallan en territorio colombiano al tiempo de emitir la correspondiente opinión (art. 746 del C. de P. P.).*

Antaño esta circunstancia no impedía ni el pronunciamiento de la Corte ni inhibía al Gobierno para ordenar la extradición. Hoy debe corregirse este criterio que no se aviene ni con los fines de la institución ni con la reglamentación que sobre el particular existe en nuestra legislación y a la cual es obligatorio remitirse, máxime cuando los tratados o convenios no se refieren en forma expresa a este evento;

b) *Conviene observar que la legislación pertinente en norma alguna prevé qué debe hacerse con persona sobre la cual pesa una solicitud de extradición y que no ha sido posible hallar en el territorio colombiano o saberse siquiera su paradero probable dentro del mismo. Esto indica que tal hipótesis no se mira como suceso normal, que no impide el trámite y definición de la extradición, sino más bien como evento que excluye esta acción de cooperación internacional. Y está bien que así sea porque ya se entiende la extradición como "*entrega *de un delincuente desde el extranjero" —es: fuera de; traditio-onis acción de entregar—, o, como "entrega del reo* refugiado *en un país, hecha por el Gobierno de éste a las autoridades de otro país que lo reclaman para juzgarlo y, en su caso castigarlo", en ambos casos el presupuesto esencial de esta actividad es la misma: Exigir la física presencia del solicitado, en el país requerido. De no, equivaldrá a ordenar la "entrega" de quien no puede ser entregado porque ni es transeúnte ni tiene domicilio ni residencia en dicho país. El instituto comentado exige no de mandatos o cumplimientos simbólicos sino de gestiones y resoluciones reales y efectivas;*

c) *Esto lo confirma el establecimiento de plazos perentorios para realizar su tramitación, especialmente en lo que concierne a situaciones de privación de libertad y perfeccionamiento o de la documentación, al cumplimiento de lo decidido (Título IV, Capítulo III del C. de P. P.). Y lo destaca el artículo 9-2.a, del Tratado, cuando señala la obligación de presentar "documentos, declaraciones u otras pruebas que identifiquen a la persona reclamada y el lugar donde probablemente se encuentra";*

De una vez, entonces, se eliminan los errores judiciales sobre la identidad del solicitado, aspecto trascendental puesto que la posibilidad y eficacia de un recurso extraordinario de revisión no son los mismos para quien se encuentra en el país y ha sufrido condena por sus autoridades de juzgamiento, que el que pueda surtirse, por razón de esta equivocación y desacierto, en el exterior. También quedan por fuera problemas tan fundamentales e inquietantes como las decisiones

tomadas por el Ejecutivo sobre conceptos antiguos, sobre opiniones omitidas en consideración a situaciones personales del procesado, ya modificadas, o circunstancias legislativas o políticas, ya superadas;

d) *Todo esto indica, a las claras, que la primera demostración que debe suministrarse u obtenerse es la de determinar que el procesado, al menos en valoración probable, se encuentra en territorio colombiano. Por eso el artículo 1-1 del Tratado, señala: "Las partes contratantes acuerdan la entrega recíproca..., de las personas que se* hallen en el territorio *de una de las partes contratantes..."* (Subraya la Sala).

Si nada se sabe sobre este particular o se desconoce su paradero, o es posible deducir por las iniciales indagaciones que está fuera del territorio colombiano, la Corte debe inhibirse en la formulación de su concepto. Otro tanto ocurre cuando no ha sido posible determinar la identidad física del requerido y está en duda si se trata de la misma persona autora o cómplice del hecho o hechos delictuosos que motivan el pedimento de la extradición;

e) *Conviene anotar, en guarda del debido proceso a observar en el trámite de la extradición adelantado ante la Corte, que cuando un requerido, del cual se sabe se encuentra en Colombia pero se desconoce su localización, no comparece personalmente o por medio de apoderado de confianza, obliga su emplazamiento según los términos del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal y la designación de un apoderado de oficio para que le asista en esta actuación;*

f) *En el caso de Jairo David Valencia Cárdenas, además de darse situación idéntica a la de Duarte Acero, en cuanto que ambos enfrentan un llamamiento a juicio, debe advertirse el sentido negativo de las pruebas aportadas sobre su actual presencia en territorio colombiano. Esta circunstancia, por sí, impediría un concepto sobre la extradición de este sujeto interviniente en la acción delictiva contra los señores Mc. Cullough y Lázaro; y,*

3. *De Duarte Acero se sabe que es ciudadano colombiano, aspecto que no interesa analizar ahora puesto que la opinión que emitirá la Corte se funda en otras consideraciones. No hay duda en cuanto a que su participación en el ataque a los extranjeros Mc. Cullough y Lázaro, se contempla como delito tanto en la legislación de los Estados Unidos de América como de Colombia. Así es dable afirmarlo si se observa el delito de "homicidio" y lo pertinente a la destrucción u ocultamiento de sus pasaportes y otros documentos de identificación. Respecto de esta última infracción debe anotarse que trátase de esta denominación, más propia en nuestro medio, que la señalada en la solicitud de extradición y juzgamiento en el estado requirente, procedería también la extradición porque la lista de delitos (apéndice) precisa en el numeral 12: "Cualquier delito relativo a la falsificación o a la falsedad"; y, en el artículo 266-2 se anota: "Para lo previsto en este artículo, será indiferente el que las leyes de las partes contratantes clasifiquen o no al delito en la misma categoría de delitos o usen la misma o distinta terminología para designarlos". Y en el artículo 15-2, se dice: "Si en el curso del procedimiento se alterare la denominación del delito que motivó la extradición de una persona, ésta podrá ser procesada o sentenciada siempre que:*

"a) El delito, según su nueva denominación legal, esté basado en los mismos hechos *que figuran en la solicitud de extradición y sus documentos de apoyo, y*

"b) El acusado pueda ser condenado a una pena privativa de libertad que no exceda *la prevista para el delito que motive la extradición". O sea, que interesa preferentemente el hecho como conducta delictuosa, sancionada a este título, así varien sus denominaciones jurídicas en una u otra legislación, siempre y cuando aquella o esta catalogación aparezca en la lista de delitos relacionados con la extradición, se muestren ajenos a un carácter político o militar (art. 4º), o al fenómeno de la prescripción (art. 6º), o que puedan desconocer o afectar el* non bis in ídem *(art. 5º), o refluir en un aumento de pena.*

En cuanto al aspecto que involucra el homicidio, no hay porqué entrar a fijar si se trata de atentado contra una persona desprovista de toda consideración oficial o si puede ofrecer esta característica, lo cual obvia el análisis de algunas observaciones del apoderado de Duarte Acero, porque en uno u otro caso, el Tratado menciona, como se dijo antes, este delito de homicidio o asesinato. También tiene que afirmarse igual viabilidad cuando se enfoca el estudio sobre una conducta que pueda denominarse conspiración, en la legislación americana, o concierto (antiguamente asociación para delinquir) en la legislación patria, primera y última denominaciones previstas en el comentado acuerdo internacional (art. 2-4.a).

Todo lo dicho establecería, en forma fehaciente, la factibilidad de dar opinión favorable a la extradición de Duarte Acero.

4. *Pero hay un aspecto fundamental que impide, por ahora, llegar a esta conclusión.*

La cuestión surge al observar que la acción delictiva tuvo cumplimiento total *en territorio colombiano. El principio y fin de la conducta puede advertirse como sucedido, integralmente, en Colombia. Esta actividad delictiva produjo un resultado de* juzgamiento, *pues Duarte Acero, en la fecha, está llamado a responder en juicio criminal por delito que corresponde, en esencia, al procesamiento que simultáneamente se adelanta en los Estados Unidos de América.*

Para la solución del caso debe consultarse el fundamento, objetivo y límites de la extradición. El instituto traduce para el delincuente la seguridad de saber que su conducta, vaya donde vaya, no quedará impune; pero, a su vez, no permite negar garantías fundamentales de procedimiento ni desentenderse de los derechos humanos, ni establecer una doble sanción para el mismo comportamiento. Además resulta inadmisible desconocer o sustituir, en un todo, los soberanos atributos de la justicia llamada a intervenir de primera, o sea aquella que tiene su imperio en el lugar de comisión del delito, según el principio de territorialidad. Por eso conviene transcribir las siguientes normas del Tratado: ARTICULO 1. "...Animados por el deseo de hacer más eficaz la cooperación entre los dos Estados para la represión de delitos..."; ARTICULO 1-1. "Las partes contratantes acuerdan la entrega

recíproca...de las personas..., que hayan sido procesadas por un delito, declaradas responsables de cometer un delito, o porque sean reclamadas por la otra parte contratante para cumplir una sentencia..., dictada por las autoridades judiciales por un delito cometido dentro del territorio del Estado requirente...". ARTICULO 1-2. "Cuando el delito se haya cometido fuera del Estado requirente, el Estado requerido concederá la extradición, conforme a las disposiciones del presente tratado, si: a) Sus leyes disponen la sanción de tal delito en circunstancias similares, o; b) La persona reclamada es nacional del Estado requirente y dicho Estado tiene jurisdicción para juzgarla".

Finalmente, el ARTICULO 5-1, señala: "No se concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada y condenada o absuelta por el Estado requerido por el mismo delito que motiva la solicitud de extradición. 2. El que las autoridades competentes del Estado requerido hayan decidido no procesar a la persona reclamada por el hecho que motiva la solicitud de extradición, o suspender cualquier acción penal que se hubiese incoado, no impedirá la extradición"; y el ARTICULO 8-2, indica: "Si la extradición no se concede de conformidad con el párrafo 1 de este artículo, el Estado requerido someterá el caso a sus autoridades judiciales competentes con el objeto de iniciar la investigación o para adelantar el respectivo proceso, siempre que el Estado requerido tenga jurisdicción sobre el delito".

El Estado colombiano ha demostrado su propósito de hacer justicia en el caso que se comenta. Hasta donde le ha sido posible y se le puede exigir, la jurisdicción penal ha actuado y es así como ha procesado a Duarte Acero y a otros de sus copartícipes en la agresión sufrida por los señores Mc. Cullough y Lázaro.

De ahí que el primer efecto de la extradición está cumplido. No puede hablarse de inercia de la justicia, ni se insinúa afán de protección indebida, en Colombia, a quienes no merecen ni por sus antecedentes ni por su comportamiento, amparo o favorecimiento. Se está realizando un proceso de juzgamiento que no es dable desconocer ni interrumpir ni anular en sus consecuencias. Es necesario que siga desarrollándose y culmine.

Las relaciones internacionales, en este campo, no afirman el desconocimiento de la justicia del país en donde se ha cometido integral y físicamente el delito. Este tiene un derecho proferente, no sólo porque allí están los principales efectos del mismo porque allí se cuenta con los medios propicios de averiguación, sino porque es necesaria la reparación pública que el juzgamiento implica. Esta situación no la contradice el Tratado al cual se refiere la Ley 27 de 1980, por el contrario la confirma, así como la legislación ordinaria relacionada con este tema de la extradición.

Por fuera de las disposiciones ya citadas, conviene transcribir y comentar las siguientes: El Artículo 8, que trata del non bis in ídem, *dice en su aparte 1: "No se concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada y condenada o absuelta por el Estado requerido por* el mismo delito *que motive la solicitud de extradición". Lo que quiere decir que, en el caso de Duarte Acero, si se pronuncia un fallo condenatorio o absolutorio, en el avanzado proceso que actual-*

mente se le sigue, no podría la Corte dar su opinión favorable a una petición de esta índole. No es posible, pues, festinar la resolución, sin saberse el resultado del llamamiento a juicio que afronta Duarte Acero en nuestro país.

Sobre el aspecto comentado el Artículo 757 del Código de Procedimiento Penal, variándose la referencia del Código Penal por los artículos 15 y 16 del estatuto actualmente vigente, enseña: "Casos en que no procede la extradición. *No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo delito la persona cuya entrega se solicita esté procesada o haya sido ya juzgada en Colombia, a menos que se trate de los delitos previstos en el artículo 5º del Código Penal y cuando se reúnen las circunstancias contempladas en el artículo 6º* ibídem". *Por su parte el Artículo 752 del Código de Procedimiento Penal trae una fórmula para definir el caso de concurrencia de varias solicitudes de extradición: "Si un mismo individuo fuere objeto de solicitudes de extradición por parte de dos o más Estados,* será preferido, *tratándose de* un mismo hecho, el pedido del país en cuyo territorio fue cometida la infracción; *y si se tratare de hechos diversos, el pedido que versare sobre infracción más grave. En caso de igual gravedad, será preferido el Estado que presentó la primera solicitud de extradición" (Subraya la Sala).*

Obviamente, cuando el delito se comete en territorio de Colombia y hay dos o más Estados interesados en reclamar al mismo sujeto, por el mismo hecho, *tiene que preferirse a la justicia nacional y mantener su procesamiento hasta culminar el mismo, terminación que permitirá estudiar y fijar el alcance de las hipótesis que prevé el Tratado y la legislación interna, y las cuales pueden tener un efecto negativo sobre la extradición.*

Desea la Sala anotar que recursos de la índole de nuestro habeas corpus *(arts. 417 y ss. del C. de P. P.) son ajenos a las situaciones que genera la extradición y relacionados con la privación de libertad de los requeridos si se trata de referir los términos que lo regulan a las prescripciones del libro segundo, título cuarto del Código de Procedimiento Penal, con prescindencia de las facultades y términos dispuestos específicamente para la extradición (arts. 733 y ss. del C. de P. P.) o establecidos en los respectivos Tratados. Estas últimas normaciones tienen un valor preferente y constituyen la regulación jurídica acatable en esta clase de situaciones.*

Así mismo reafirma su criterio en el sentido de precisar que corresponde al Ministerio de Justicia, hacer efectiva la detención provisional de un requerido, así como resolver aspectos que tocan con la misma, tales como decidir las peticiones dirigidas a obtener ese fin, o a modificar (vr. gr. suspensiones por enfermedad, permisos, etc.) o hacer cesar sus efectos. Corresponde, pues a este Despacho disponer las soluciones pertinentes mediante decisiones debidamente motivadas. En este caso el Ministerio de Justicia no asume una función propia de la Rama Jurisdiccional, pues apenas se comporta como el ejecutor administrativo (longa-mano) de resoluciones extranjeras, tomadas en esos países por las autoridades u organismos competentes.

Lo expuesto le permite a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *conceptuar:*

Que no procede la extradición de José Iván Duarte Acero y Jairo David Valencia Cárdenas, según el comentado requerimiento de la Embajada de los Estados Unidos de América y por hechos ocurridos en la ciudad de Cartagena (Departamento de Bolívar), en la noche del 10 de febrero de 1982, y que tuvieron por ofendidos a los agentes de la DEA, señores Kelly Mc. Cullough y Charles Lázaro Martínez.

Cópiese y comuníquese a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Aclaración de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz. Secretario.



ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO LUNA GOMEZ

Aun cuando comparto la conclusión que presenta el concepto aprobado por la Sala, deseo aclarar mi voto en relación con algunos pasajes, sobre todo los que se encuentran en el primer párrafo del número 3 (pág. 9) y, en el segundo de la página 11, que dice: "Todo lo dicho establecería en forma fehaciente, la factibilidad de dar opinión favorable a la extradición de *Duarte Acero*".

Y, el motivo de mi discrepancia es el siguiente:

Duarte Acero es ciudadano colombiano y actualmente se encuentra dentro de nuestro territorio patrio.

Pese a las disposiciones de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición acordado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, un nacional colombiano que se encuentre en su patria no puede ser extraditado, porque con ello se violarían de manera clara concretos preceptos constitucionales. Parte de las razones de esta violación están expuestas por el señor Procurador de la Nación en su concepto rendido en la demanda de inexequibilidad de la misma ley aprobatoria del tratado en mención. A las cuales habrán de agregarse otras. Mas, no se entra a realizar tal estudio, debido a que, haciendo la salvedad anterior, este magistrado comparte los motivos que llegaron a la conclusión de la Sala. Se esperaría que se presente la oportunidad procesal para desarrollar lo indicado.

Sólo debo agregar que en casos de extradición de nacionales colombianos residentes en este país y, mientras la Corte, en Sala Plena, no se pronuncie sobre la demanda de inexequibilidad de la ley, lo indicado para no dar aplicación a la norma sobre extradición en comento, es la que se fundamentaría en el artículo 215 de acuerdo con el cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Bogotá, D. E., 1º de junio de 1983.

Alvaro Luna Gómez.

1º VEREDICTO

Cuando hay meridiana claridad y no envuelve contradicción, no existe alternativa diferente de su aceptación y aplicación, salvo que pugne con la realidad probatoria que recoge el proceso, en cuyo caso puede ser declarado contraevidente; pero cuando ello no ocurre, esto es, cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de las intervenciones en la audiencia pública

2º DIMINUENTE DE RESPONSABILIDAD

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR

Fue y sigue siendo exigencia normativa del precepto que recogía y recoge la figura jurídica que se estudia, la de comprobar que existió un comportamiento grave e injusto de un tercero hacia quien reaccionó emocionalmente y establecer el vínculo lógico entre ese estado síquico y aquella su causa, la cual por lo demás, debe tener la virtualidad de desencadenarlo, pues no se trata de favorecer temperamentos impulsivos sino de comprender situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectiva y volitiva del agraviado en virtud de la alteración anímica provocada por la ofensa y que permiten hacer, por lo mismo, una disminución de la pena

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 48.

Vistos:

Procede la Sala a decidir acerca del recurso de casación interpuesto por el defensor de *Hugo de Jesús Acevedo Cardona* contra la sen-

tencia de diez de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Pereira* confirmó, sin modificaciones, la proferida el ocho de octubre de ese mismo año por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, mediante la cual fue condenado a la pena principal de *diez años de prisión* y a las accesorias de rigor como autor responsable del delito de *Homicidio* cometido en la persona de *Edgar Oswaldo Garzón Sanabria.*

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las prescripciones formales que establece el Código de Procedimiento Penal (fls. 2 y 19 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

El 28 de marzo de 1981 se encontraban, a eso de las once de la noche, varias personas en el establecimiento de cantina denominado "Bar Risaralda" el que se encuentra situado en la calle 23 con carrera 12 de la ciudad de Pereira. Entre ellas estaban sindicado y occiso, ambos tomando licor pero en mesas distintas y con diferentes acompañantes.

En un determinado momento Garzón Sanabria salió de la cantina y dejó solo en su mesa a su contertulio de nombre Leonel, quien, por ser también conocido del sindicado, fue invitado por éste a su mesa para que siguiera tomando en su compañía. Así lo hizo, pero prontamente se quedó dormido sobre el hombro de su invitante, posición en la que lo encontró Garzón Sanabria cuando regresó al establecimiento.

Seguramente con el ánimo de devolverlo a su mesa, lo tomó por el cuello y ante el reclamo del sindicado para que lo dejara tranquilo aquél lo trató de "marica", le increpó que no interviniera y así se empezó una discusión que vino a terminar fuera de la cantina con el enfrentamiento de hecho, del cual resultó Garzón lesionado en forma tal que falleció cuando era conducido a un centro asistencial.

La diligencia del levantamiento del cadáver y la recepción de versiones iniciales acerca de la forma como pudieron haber ocurrido los hechos fueron practicadas por la Unidad de Policía Judicial que se encontraba de turno (fls. 3 a 9 vto., del cuaderno del Tribunal).

La investigación fue abierta y perfeccionada por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Pereira.

Clausurada la etapa investigativa recibió el juzgado del conocimiento la alegación del apoderado y el concepto del Fiscal. Para el funcionario debía producirse un enjuiciamiento pero con el reconocimiento de la diminuente originada en el estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento grave e injusto de la víctima.

El defensor solicitó un sobreseimiento definitivo y, subsidiariamente, uno de carácter temporal, o la solicitud atenuante hecha por el representante del Ministerio Público (fls. 98 a 116 vto., *ibídem*).

El juzgado desestimó las peticiones de las partes y llamó a responder en juicio a Hugo de Jesús Acevedo Cardona por homicidio simplemente voluntario. Contra esta decisión interpuso el defensor recurso de apelación, pero luego desistió de él y le fue aceptado (fls. 130 a 147, y 148 vto. a 150 *ibídem*).

Durante el período de la causa no fue pedida ni practicada prueba alguna y la audiencia pública se celebró el día seis de octubre de mil novecientos ochenta y uno. En ella le fue sometido a consideración del jurado el siguiente cuestionario:

"El procesado Hugo de Jesús Acevedo Cardona, de condiciones civiles y personales conocidas en su indagatoria, es responsable, *Si* o *No*, de haber causado la muerte, con el propósito de matar a Edgar Oswaldo Garzón Sanabria, utilizando para ello arma corto-punzante (cuchillo), en hechos ocurridos en la noche del 28 de marzo de 1981, en la calle 23 con carrera 12 de esta ciudad, en las circunstancias de modo descritas en estas diligencias?".

Los jueces de conciencia respondieron por unanimidad de la siguiente manera:

"*Es responsable, pero actuó en estado de ira e intenso dolor*" (fls. 151, 155 y 156 a 167 *ibídem*).

El juzgado interpretó esa veredicción como la simple y llana afirmación de la responsabilidad y condenó a Acevedo al mínimo de la pena que establece el Código Penal para el homicidio sin atenuantes ni agravantes (fls. 169 a 176 *ibídem*).

Tanto el fiscal como el defensor apelaron del fallo, y por escrito expusieron las razones que los asistía para proceder de esa forma, que no eran otras que el convencimiento de que se había desatendido la voluntad del jurado, al no haber reconocido en los términos del veredicto su propósito de aceptar la atenuante específica que le fue propuesta, en la cual habían insistido reiteradamente durante sus intervenciones en la vista pública (fls. 178 a 180, 183, 194 a 203 *ibídem*).

El Fiscal del Tribunal se apartó de los planteamientos de su colega de instancia y solicitó la confirmación de la sentencia recurrida. Así lo hizo el Tribunal, en providencia que, impugnada, es ahora objeto de estudio para desatar el recurso (fls. 186 a 193 y 210 a 220, *ibídem*).

La demanda:

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia, uno de ellos con fundamento en la causal segunda y el otro en la cuarta de casación (art. 580 del C. de P. P.).

Cargo primero:

Causal segunda:

Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto emitido por el jurado.

Estima el impugnante que el sentenciador desconoció flagrantemente la voluntad de los jueces de conciencia, al no haber querido en-

tender que ellos reconocieron la atenuante de punibilidad consagrada en el artículo 60 del Código Penal, aunque en su veredicción se hubiesen limitado a consignarla en los siguientes términos: *"Pero actuó en estado de ira e intenso dolor"*.

Aludiendo a las diferencias existentes entre la norma del anterior Código Penal (art. 28) y la actual, las puntualiza de la siguiente manera:

"En el nuevo estatuto penal, artículo 60, orientado en el fiel de un 'Derecho Penal de Culpabilidad' menos ecléctico y si más humano que el anterior, atento necesariamente a un trascendental presupuesto en la personalidad del procesado, se tiene primordialmente en cuenta su personalidad como sujeto de la acción que se juzga, y desde luego con ella su siquismo y sus auténticos móviles o apreciaciones, para capitalizar, por así decirlo, no el *cronos* o similares circunstancias más o menos externos o accidentales, sino el *ego* del procesado, principiando a puntualizar así en su raíz la significación y el alcance de la modificante: *'El que cometa el hecho'*, y equiparando o, mejor, tamizando o depurando, si se quiere, la favorabilidad de la norma, en el *comportamiento ajeno grave e injusto*, sin el un tanto contencioso discernimiento de la *provocación* señalada en la ley 95 de 1936".

En apoyo de la correcta interpretación que ha de darse a veredictos como el recaído en el presente caso, recuerda que ha habido pronunciamientos de esta Sala que la hacen viable siempre y cuando en el debate público se haya planteado y discutido el tema y exista en el proceso un atendible respaldo probatorio del motivo aminorante. Cita al respecto una sentencia de 20 de noviembre de 1980.

Esos presupuestos, dice, se dan en esta oportunidad, pues de la forma como ocurrieron los hechos puede deducirse que el comportamiento del occiso respecto del sindicado, además de grave e injusto, fue provocador, y tanto el defensor como el fiscal sostuvieron en la audiencia pública la existencia de esa especial circunstancia de atenuación punitiva, y recurrieron ambos de la sentencia de primera instancia por no haber sido reconocida en ésta.

Al desconocer la voluntad del jurado e imponer una pena de 10 años de prisión cuando, de haberse aplicado el artículo 60 del Código Penal, habría correspondido una de 40 meses, los falladores de instancia infringieron esta norma, así como el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo:

Causal cuarta:

Nulidad de orden Constitucional por violación del derecho de defensa.

Sostiene el recurrente que la defensa de que disfrutó el procesado fue *Inepta* y lo deduce de las siguientes circunstancias:

a) El defensor apeló inicialmente del auto por medio del cual se llamó a responder en juicio a Hugo de Jesús Acevedo Cardona y luego desistió del recurso, solicitud que le fue aceptada.

b) No pidió pruebas en el período de la causa.

c) En lugar de apoyar decididamente en la audiencia pública la petición que en ella hizo el propio fiscal sobre reconocimiento de estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusto comportamiento, formuló diversas soluciones al jurado que pudieron haber restado fuerza de convicción al común planteamiento. Fue así como, después de manifestar que prescindía de una alegación de legítima defensa, pasó a solicitar "ora una respuesta afirmativa de responsabilidad, o una absolución correspondiente al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (*in dubio pro reo*), la responsabilidad por solas lesiones personales, o la modificante del artículo 60 del Código Penal; sin descartarse, acaso, mediante la aducida probabilidad de ocurrencia del fallecimiento de Garzón Sanabria, en razón de una fractura del cráneo al caerse durante el enfrentamiento con Acevedo, un homicidio concausal (el de la Ley 95 de 1936), o preterintencional o culposo del nuevo estatuto de las sanciones".

Por estas razones estima que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional en una de sus fundamentales garantías, cual es la de contar con una defensa técnica y eficaz.

Solicita, en consecuencia, que se case el fallo, y se adopten las previsiones pertinentes de acuerdo con la causal que llegare a prosperar (art. 583 del C. de P. P.).

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, pues estima que carecen de fundamento los cargos formulados por el recurrente en contra de la misma.

Causal cuarta:

Empieza el Procurador por analizar, como lo impone la lógica, primeramente la censura por nulidad y de ella dice que no está llamada a prosperar por cuanto, el procesado "estuvo siempre asistido por un profesional del derecho que se esmeró en proponer a los juzgadores de instancia y al jurado de conciencia situaciones que favorecían a su poderdante pero que, infortunadamente, no fueron acogidos porque la realidad procesal enseñaba cosa diferente".

Para comprobar la actividad del apoderado recuerda que lo asistió en su indagatoria, intervino en la declaración rendida por el testigo de cargo Jesús María Agudelo, en el careo que se realizó entre éste y el procesado, participó en la diligencia de reconstrucción con todos los testigos presenciales de los acontecimientos y, al cierre de la investigación, presentó un extenso memorial en el que planteó las tesis de la defensa.

Respecto del desistimiento del recurso de apelación contra el auto de enjuiciamiento y el haber prescindido de solicitar pruebas en el plenario, anota el Procurador que esas circunstancias no constituyen, por sí solas, evidencia de desidia o falta de visión en la defensa, sino que pueden indicar la táctica que estimó más conveniente el pro-

fesional del derecho para la protección de los intereses que le habían sido confiados, aparte de que el impugnante no señala cuáles habrían sido las pruebas que debieron haberse solicitado, ni las argumentaciones jurídicas con que debía respaldarse el recurso de apelación.

A lo anterior ha de agregarse su activa intervención en la audiencia pública, las varias fórmulas que presentó al jurado para responder al cuestionario, el extenso memorial con que fundamentó ante el Tribunal la impugnación que hizo de la sentencia de primer grado y la interposición del recurso de casación que es ahora motivo de estudio.

De todo ello deduce el representante del Ministerio Público que Acevedo Cardona fue defendido en forma técnica y efectiva.

Causal segunda:

Respecto de la alegada disconformidad entre la sentencia y el veredicto, discurre el Procurador, para desecharla, de la siguiente manera:

El tema de la especial atenuante por provocación fue suscitado tanto por el Ministerio Público como por la defensa desde la calificación del sumario, sin que hubiese sido acogido por los juzgadores en las instancias.

Además fue de manera expresa propuesto en la vista pública por el fiscal y coadyuvado por el defensor, y el jurado "recibió amplia información sobre el mismo" y para evitar equívocos o malos entendidos se le formuló por escrito la respuesta que se sugería. Y pronunciado el veredicto, no se solicitó aclaración o explicación sobre el mismo. El Procurador ilustra su argumentación con transcripciones del acta de la audiencia que le prestan el debido respaldo.

Consecuente con su pensamiento y por cuanto la respuesta del *juri* es incompleta frente a la formulación que de la atenuante hace el artículo 60 del Código Penal, y ya que "no le es lícito al intérprete llenar ese vacío o ensayar un examen probatorio para llegar al mismo resultado", pide que se desestime también este cargo y reitera su petición de respaldo a la legalidad de la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta:

Nulidad de índole Constitucional por violación del derecho de defensa.

La técnica del recurso exige que se comience por esta censura el estudio de la demanda, pues de prosperar haría inoficioso el análisis del otro cargo.

Tiene razón la Procuraduría cuando afirma que Acevedo Cardona no solamente no careció de asistencia jurídica dentro del proceso, sino que la actividad del profesional a cuyo cargo estuvo, aparece correctamente orientada hacia la protección de los intereses del procesado.

No hubo actuación de importancia dentro de la investigación que no contase con la activa presencia del apoderado, como lo detalla el Procurador en forma que consulte con exactitud la realidad que recoge el expediente, y si prescindió de determinados medios defensivos, como mantener el recurso de apelación que interpuso contra el auto de enjuiciamiento y solicitar pruebas en el período de la causa, ello pudo obedecer, como también lo destaca con acierto el Procurador, a estrategia en el planteamiento del debate.

Para ejercer correctamente este delicado encargo no existen pautas preestablecidas y uniformes a las que inexorablemente tenga que acogerse todo defensor, ni el hecho de que no vea coronadas por el éxito sus pretensiones, implica por sí solo que fue deficiente o inadecuada su actuación.

Como lo dijo esta Sala en similar ocasión: "la actividad de la defensa dentro del proceso penal supone un plan preordenado dentro del cual el abogado ejerce cabalmente su función, bien sea interponiendo recursos o absteniéndose de hacerlo; planteando determinadas tesis en el acto de la audiencia o propugnando por otras; solicitando la práctica de pruebas o asumiendo una actitud pasiva sobre el particular.

"La forma como se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. Sostener que se violó el derecho de defensa consagrado en la Constitución por la sola circunstancia de no haber logrado las pretensiones de las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlas, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento y deja desprotegida a la sociedad" (Casación de 23 de enero de 1975, *Gaceta Judicial* núm. 2392, Tomo CLI, págs. 12 y 13).

Solamente cuando la falta de asistencia jurídica fue de tal entidad que se tradujo prácticamente en una desprotección de los intereses del sindicado, puede hablarse de una flagrante violación de su derecho a ser adecuadamente defendido y se impone, por lo mismo, la declaratoria de una nulidad de carácter Constitucional.

Como en el presente caso no se está, ni por asomo, dentro de esa situación, no es procedente acceder a la petición de anulación impetrada por el actor.

La censura no prospera.

Segundo cargo:

Desacuerdo entre la sentencia y la veredicción.

En los juicios rituados ante jurado la sentencia debe estar en consonancia con el veredicto, según lo preceptúa el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

Al jurado le corresponde pronunciarse sobre la responsabilidad del procesado, calificando para ello, a través de su respuesta, los hechos que le son sometidos a su consideración por medio del cues-

tionario. Para ello debe contestar SI o NO, pero si estima que el hecho se cometió con circunstancias diversas de las expresadas en el cuestionario, puede manifestarlas en su respuesta en forma breve (art. 535 ibídem).

De las circunstancias que sirven solamente para individualizar la sanción, ubicándola entre el mínimo y el máximo que establece la norma infringida (arts. 64 y 66 del Código Penal), no se ocupa el jurado, pues es función propia del juez de derecho al proferir sentencia, como lo determina el artículo 534 del estatuto procedimental.

Si el veredicto constituye la base de la sentencia, el juez del conocimiento debe desentrañar sus verdaderos sentido y alcance para deducir cabalmente la voluntad de los jurados al pronunciarlo.

Cuando hay meridiana claridad en la respuesta de los jueces de conciencia y ella no envuelve contradicción en sus términos, no existe alternativa diferente de su llana aceptación y aplicación, salvo que pugne con la realidad probatoria que recoge el proceso, en cuyo caso puede ser declarada contraevidente, función propia de las instancias.

Pero cuando ello no ocurre, esto es, cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance, por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de las intervenciones en la audiencia pública.

El no obrar de esa manera podría llevar al juez a proferir una sentencia alejada de la verdadera intención de los jurados. Pero el no hacerlo con estricta fidelidad a los criterios que se enunciaron en precedencia lo conduciría a tergiversar el genuino pensamiento de los mismos. De allí el tacto con que debe procederse para no invadir campos ajenos, pero tampoco para aceptar o rechazar sin cuidadoso examen las respuestas oscuras o incompletas del jurado, integrado, como se sabe, generalmente por personas que desconocen el tecnicismo y precisiones del derecho.

En el presente caso a los jueces de conciencia se les interrogó llanamente acerca de si Hugo de Jesús Acevedo Cardona era o no responsable de la muerte de Edgar Oswaldo Garzón Sanabria, ocurrida en las circunstancias relatadas en el cuestionario. Esta fue la pregunta del juez del conocimiento, la cual entrañaba una propuesta de responder lisamente esa responsabilidad, sin atenuaciones ni agravantes como había sido consignado en el auto de proceder, o también de negarlo simplemente.

El fiscal, por su parte, solicitó una afirmación de responsabilidad, pero atenuada en su punibilidad en virtud de la específica circunstancia de la ira provocada por el comportamiento grave e injusto de la víctima.

El defensor, a su turno, sugirió varias soluciones: La negación de responsabilidad por existir duda razonable en cuanto a la forma como se produjo la herida letal; la afirmación de responsabilidad, pero a título de lesiones personales únicamente; y, en subsidio de ambas, el reconocimiento del estado emocional planteado por el fiscal.

El jurado respondió: *"Es responsable,* pero *actuó en estado de ira e intenso dolor"* (Subrayas fuera de texto).

De tal forma que los jueces de conciencia tuvieron a su consideración dos propuestas que pudieran denominarse extremas y una intermedia. Las primeras fueron la del juzgado, deducida de la forma como se elaboró el cuestionario: Simple afirmación o negación de responsabilidad, y la del defensor: Absolución del sindicado, bien por la duda existente en cuanto a la manera como sucedieron los hechos y la autoría del procesado en los mismos, o ya porque se predicara su responsabilidad únicamente por las lesiones, pues en razón de este delito no había sido enjuiciado, ni se le estaba juzgando en la audiencia.

La propuesta intermedia provino del Fiscal, quien la sostuvo igualmente en su concepto previo al enjuiciamiento y fue coadyuvada como subsidiaria por el defensor, la cual consistía en el reconocimiento de que el procesado actuó *en estado de ira o intenso dolor causados por comportamiento ajeno grave e injusto.*

Si se examinara literalmente el veredicto, desligándolo de la realidad que presenta el proceso y sobre todo de la forma como se planteó y desarrolló el debate en la audiencia según el relato contenido en el acta, la conclusión sería que esa respuesta contiene una simple afirmación de responsabilidad, puesto que el agregado que presenta no traduce en estricto rigor jurídico la circunstancia específica de atenuación punitiva que describe el artículo 60 del Código Penal, concebido en los siguientes términos: "El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición".

Pero, en cambio, si se armoniza esa contestación con lo sucedido en la vista pública y se le busca apoyo en la prueba que ofrece el proceso, puede afirmarse que los jurados reconocieron la atenuación que les propuso el Representante del Ministerio Público y coadyuvó el defensor, a pesar de no haber tenido la precisión jurídica requerida para describir la especial diminuente. Ello, porque su respuesta implica que no acogieron las peticiones del defensor, ni la simple afirmación de responsabilidad que sugerían el auto de proceder y el cuestionario, sino que quisieron reconocer algo más, y ese algo más no puede ser nada distinto de la propuesta del Fiscal.

Esta deducción tiene respaldo atendible en la forma como se desenvolvió el debate público, pues, como podrá inferirse de los siguientes apartes de las intervenciones del Fiscal y del defensor, a los jurados no se les ilustró acerca de las consecuencias jurídicas de suprimir expresiones en la respuesta que les recomendó el Fiscal, ni para nada se hizo la confrontación entre la simple circunstancia de atenuación punitiva, consistente en "obrar en estado de emoción o pasión excusable, o de temor intenso" (art. 64, numeral 3º del C. P.) y la específica a que se refiere el artículo 60 del mismo código.

El Representante del Ministerio Público aludió el tema en tres oportunidades dentro de la audiencia y lo hizo de la siguiente forma en cada una de ellas:

Primera: "Explica el señor Fiscal sobre la conducta asumida por el procesado ante los insultos del occiso, pues le dijo, según él, marica, poco hombre, descalzoncillado, etc., etc., y si le vamos a creer esto, debe reconocérsele *el atenunante de la ira o intenso dolor causados por comportamiento ajeno, grave e injusto* y esta tesis la sostuve yo en mi concepto de fondo (fl. 116 fte.) y, la sigo sosteniendo, y eso fue lo que le solicité al señor juez, pero él no aceptó mi criterio, porque tiene otros criterios jurídicos y puede apartarse del concepto del Ministerio Público, criterio que respeto profundamente, pero insisto en mi tesis del concepto de fondo".

Segunda: "Pero lo que sí sigo sosteniendo y de ello estoy convencido es que don Hugo de Jesús Acevedo *actuó en estado de ira*, el señor juez no lo aceptó y por eso no vamos a pelear él y yo, pues él está en su derecho, él es muy inteligente, él es muy estudioso y *llamó a juicio por homicidio simple*; criterio que respeto mucho".

Tercera: "A pesar de ello, yo insisto en que don Hugo de Jesús Acevedo Cardona *obró en estado de ira*. A mí no me interesa que don Hugo Acevedo esté en la cárcel, ni al señor juez tampoco, lo que nos interesa es que se aplique recta justicia. Por eso digo que debéis contestar al cuestionario propuesto por el juzgado diciendo que don Hugo de Jesús Acevedo Cardona sí es responsable *pero que obró en estado de ira*. Como creo que he cumplido con mi deber y que he llevado a vosotros mi convencimiento de que don Hugo de Jesús Acevedo Cardona es responsable de la muerte de don Edgar Oswaldo Garzón Sanabria, *os reitero mi petición anterior*, la que podéis emitir por unanimidad o por mayoría *sin hacerle ningún agregado* para que no se desvirtúe la legalidad del veredicto, porque así ha pasado aquí varias veces que el jurado emite un veredicto contrario a la evidencia o contradictorio y, entonces, el señor juez tiene que declarar la contraevidencia o convocar para nueva audiencia con distintos jurados. Podéis acoger la propuesta del juzgado y lo condenaréis a *10 años de prisión*; o también podéis acoger las distintas tesis planteadas por el señor defensor, es decir, *si tenéis dudas le declaráis no responsable y quedará absuelto o podéis decir que sí es responsable pero que obró en estado de ira o intenso dolor causados por comportamiento ajeno grave e injusto y quedará muy favorecido respecto de la pena*" (fls. 161, 162, 163 y 164 del cuaderno del Tribunal). —Las subrayas no pertenecen al texto—.

Por su parte el defensor, quien dedicó toda su intervención a tratar de probar la duda en favor de su acudido que surgía de la diligencia de necropsia, toda vez que los términos en ella utilizados para describir la herida que causó la muerte y su ubicación anatómica riñen con la obvia extensión y profundidad que se requerirían para lograr interesar las partes vitales que afectó, se refirió de la siguiente manera al tema de la atenuante:

"De manera señores miembros del jurado que *si ustedes quieren aceptar mis tesis* pueden decir que mi defendido Hugo de Jesús Acevedo Cardona *no es responsable por las dudas que existen en el proceso, pero si creéis lo que dijo el señor juez en el auto de proceder, podéis decir que sí es responsable y lo condenaréis a 10 años de prisión o si aceptáis lo que os propuso el señor Fiscal, poder (sic) decir que*

sí es responsable pero que obró en estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto y, entonces, la pena será más favorable pues creo que serían unos 40 meses de prisión" ..."Para terminar señores jueces de conciencia os pido y que sea esta mi última respetuosa petición que respondáis al cuestionario propuesto por el juzgado: 'Sí es responsable, *pero de lesiones personales', pero en subsidio ustedes pueden acoger la petición del* señor Fiscal cual es la de que: *Sí es responsable, pero actuó en estado de ira causado por grave e injusta provocación"* —Subrayas fuera de texto— (fl. 167 *ibídem*).

Las anteriores transcripciones permiten hacer las siguientes deducciones:

a) El tema de esta específica circunstancia de atenuación fue planteado en forma reiterada por el Fiscal y por el defensor, pero no de una manera uniforme, invariable, sino indistintamente en cuanto a sus términos, pues si en ocasiones se habló del "estado de ira e intenso dolor *causado por comportamiento ajeno grave e injusto"*, en otras se aludió, y por modo plural, simplemente *"al estado de ira"*, y también se hizo referencia "al estado de ira *causado por grave e injusta provocación"*.

Esa falta de univocidad y uniformidad en la formulación de la propuesta pudo haber inducido a los jueces de conciencia al convencimiento íntimo de que bastaba con expresar el estado anímico en que actuó Acevedo para que quedara amparado por la específica disminuente que de manera repetida se les planteaba, sin que fuera indispensable precisar igualmente la causa generadora del mismo, ni consignar las especiales caracterizaciones de ésta consistentes en la gravedad e injusticia;

b) No se les puso de presente a los jurados las consecuencias jurídicas que acarrearía el suprimir de la propuesta las expresas alusiones a la causa del estado emocional y sus connotaciones de injusticia y gravedad, para que ellos, de llegar a hacerlo, procedieran con clara conciencia de su decisión;

c) Tampoco se les hizo la necesaria distinción entre esa específica circunstancia de atenuación punitiva y la de carácter genérico, antes llamada de menor peligrosidad, para indicarles, sin lugar a equívocos, que si la respuesta se limitaba a señalar únicamente el estado anímico en que actuó Acevedo, resultaría nugatoria para el evento de que su intención fuese la de atenuarle de manera especial la punibilidad.

Es conveniente poner de presente que el Fiscal no entregó a los miembros del jurado por escrito su propuesta. Parece que lo hizo el defensor, según se desprende de la referencia que a ese respecto consigna el juez en el fallo y porque así lo manifiesta el defensor en su memorial ante el Tribunal (fls. 172 y 197 del cuaderno principal), pero tampoco se recogió en esa oportunidad la exacta formulación de la contestación sugerida por el representante del Ministerio Público, ya que se empleó la terminología del anterior Código Penal: "Causado por *grave e injusta provocación"* (fl. 172 *ibídem*).

El expediente recoge los siguientes elementos de juicio en relación con el comportamiento de la víctima respecto del sindicado, sobre los cuales, así no los hubiesen pormenorizado el Fiscal y el defensor en sus intervenciones escritas y orales, hacen descansar probatoriamente la circunstancia específica de atenuación que sostuvieron reiteradamente:

1. El sindicado se refirió así al tema en su indagatoria:

"Cuando llegué a guardar el carro al frente del café Risaralda me encontré con otros amigos que me llamaron a la mesa de ellos, entonces me senté a tomar con ellos. En dicho café vi otro amigo sentado con el señor Oswaldo o pastuso como le decían. Yo seguí tomando ahí en la mesa a eso de las once y media, más o menos, el señor Oswaldo se paró de la mesa y dejó al amigo mío allá sentado. Entonces yo lo llamé y le dije: Ayúdeme a tomar estos aguardientes que yo estoy muy mariado ya. El señor se me quedó dormido en el hombro derecho. Al rato llegó el señor Oswaldo, y le echó mano de por acá del cuello. Entonces, como él estaba dormido, le dije: Déjelo quieto hombre. *Entonces él me contestó no se meta marica.* Entonces se fue el señor Oswaldo para el mostrador. Entonces yo miré para la calle y miré que le había dejado la puerta delantera del bus abierta, entonces salí a cerrar la puerta del bus, el señor Oswaldo me lo encontré en el camino, en el mismo andén y nos chocamos hombro con hombro; entonces me dijo: *¿Qué te pasa marica?* Entonces yo le contesté: *Marica no soy. Entonces me dijo: Marica sí.* Entonces yo con el codo le dí por el pecho. El señor cayó sentado. Yo volví y me fui a sentar al café. Entonces el señor se paró de ahí y se fue para la sastrería de él que la tiene al frente de mi casa. Cuando yo vi que él estaba abriendo el portón de la sastrería me paré de ahí y me fui para mi casa. Entonces él me vio que yo iba entrando a la casa y se me vino con una tijera detrás yo me entré y él se entró para el zaguán y me decía: *No te escondas marica, salí. Descalzoncillado, poco hombre, salí.* Entonces yo en mi borrachera estaba en la cocina de la casa y en la mesa había un cuchillo de cocina, lo cogí y me lo eché al bolsillo trasero y salí, *cuando yo salí el señor siguió insultándome.* Yo iba hacia adelante y él retrocedía, Como había dejado la sastrería abierta se entró a la sastrería y me decía: Entrate para acá. Yo le dije: No salga. Entonces me dijo: No, entrá. Entonces yo le contesté: Vos no servis para nada y, entonces, le dí la espalda y me dirigí hacia la casa mía, entonces el señor cuando yo venía en la mitad de la calle me dijo: *Pará hijueputa, marica que te voy es a matar.* Entonces cuando y voltié ese señor venía con unas tijeras en la mano. Entonces yo saqué el cuchillo y le hice frente a ver si se detenía. El señor no se detuvo sino que se vino y me tiró. Entonces yo me le agaché y volvió y me repitió la cometida volví y me agaché y entonces me resbalé en el pie derecho y me fui a prenderme de él y ahí fue donde él medio me rayó aquí (señala su antebrazo derecho donde se aprecia una pequeña lesión al parecer causada con arma corto-punzante), entonces yo me le apoyé como en el estómago y nos fuimos al suelo los dos. El señor cayó y yo me levanté y me dirigí hacia el andén de mi casa a ver si se iba a parar, cuando vi que el señor no se paraba lo miré y le vi una mancha de sangre en el pecho, entonces llamé a unos amigos y les dije que me ayudaran a

conseguir un taxi para llevar al señor a la policlínica. Ningún taxi quiso parar. Entonces de inmediato les dije: Yo estoy borracho, pero subámoslo al bus. El bus que yo manejo. Entonces lo llevamos a la policlínica y allá nos dijeron que el señor estaba muerto y allá fue donde ya me detuvieron. Si mi intención hubiera sido matar al señor de lógica que yo no lo llevo a la policlínica, ni lo llevo en el mismo carro que yo manejo. En mi conciencia yo al señor no lo maté" (fls. 15 vto. y 16 del cuaderno principal). —Subrayas fuera de texto—.

En la diligencia de inspección judicial (reconstrucción) hizo, en lo sustancial, el mismo relato de los hechos y en cuanto a su momento culminante dijo lo siguiente:

"Entonces yo me entré al zaguán y él se entró detrás. *Me gritaba: No te entres marica, descalzoncillado, poco hombre.* Entonces yo me entré por el portón y él me siguió ahí por el portón. Cuando el señor ya seguro vio que me asomé arriba, *siguió insultándome.* El se corrió un poquito más arriba del portón *y todavía siguió ofendiéndome.* Cuando yo llegué ahí a la entrada del dormitorio mío, que hay que pasar por la cocina, ahí en la mesa había un cuchillo de los de cocina, *entonces a mí me dio mucha ira de los insultos que él me estaba lanzando* y entonces cogí el cuchillo y me lo eché en el bolsillo de atrás, cuando bajé aquí al portón el señor estaba a todo el frente esperándome. Entonces yo le dije: ¿Qué es lo que quiere hombre? Entonces me dijo que salgas. Empezó a retroceder hasta que salimos a la calle. El no me amagaba ni nada sino que era de para atrás hasta que llegamos ahí a la sastrería de él. Entonces me dijo: *Entrate pa (sic) acá hijueputa* que aquí es donde te necesito. Entonces yo le dije: Vos no servis pa (sic) nada y le di la espalda. Cuando ya venía más o menos llegando a la mitad de la calle me dijo: *Para marica hijueputa que te voy a matar.* Entonces yo voltié como vi que venía con las tijeras yo saqué el cuchillo pa (sic) ver si el señor paraba" (fl. 89 vto. *ibidem).* —Subrayas fuera de texto—.

Finalmente en la audiencia pública expresó sobre el tema lo que pasa a transcribirse:

"Yo tengo para decir señor juez que si hubiera tenido la intención de matar a ese señor, yo habría salido con el cuchillo en la mano, pero no, yo lo tenía dentro del pantalón dentro del bolsillo trasero y al momento de salir me dijo: 'Por fin salites (sic)' y entonces se me vino y ahí sí saqué el cuchillo pero con intención de que él parara, pero no paró sino que siguió atacándome *y me dijo: 'Para marica que te voy a matar' y sacó unas tijeras y entonces ya no tuve más sino defenderme".* ..."Yo quiero que quede muy en claro en la mente de los señores del jurado, que yo no quise matar a ese señor, *yo sólo quise defender mi honor de hombre,* el señor se mató cuando se fue para atrás y se cayó dándose un fuerte golpe en la cabeza y no fue bien examinado; también pudo haber sido que se chuzó cuando nos caímos ambos bien fuera con las tijeras que él portaba o con el cuchillo que yo portaba, en todo caso creo que fue accidental, y por tanto, yo me siento inocente de esa muerte" (fl. 164 del cuaderno principal). —Subrayas fuera de texto—.

2. Carlos Américo Guzmán Flórez ante la Policía Judicial informó: "Eran más o menos las doce de la noche, me encontraba en el bar Risaralda ubicado en la carrera doce con veintitrés y veinticuatro, cuando salió Oswaldo y Hugo Acevedo para la calle, *se dijeron unas palabras*, cuando me dijeron ve una pelea, entonces yo corrí a ver que era lo que sucedía" (fl. 8 *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—.

3. Zulma Martínez, mujer que hacía vida marital con el procesado, dijo: "Yo estaba durmiendo pero como desde que él no llegue no duermo bien, *y escuché un hombre que insultaba a otro*" (fl. 18 *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—.

4. Arcadio de Jesús Osorio Rúa, expresó: "Vea yo a esa hora estaba acostado, cuando oí una bulla, *se escuchaban palabras como estas: Salí maricón hijueputa le escuché por ahí unas tres veces*" (fl. 19 *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—.

5. Alvaro Salazar Flórez, manifestó: "Nosotros estábamos en el café Risaralda dicen que el sastre estaba en el café, yo no lo ví, hacía unos diez minutos que Hugo había llegado estaba ahí en charla, *no sé el motivo por qué resultaron discutiendo en la calle*" (fl. 43 *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—.

6. Ricardo Acevedo, hermano del sindicado, dijo: "Yo lo que vi fue muy poco. Yo me encontraba durmiendo, *me despertó una bulla al oír que alguien insultaba a otro, le decía así: 'Este descalzoncillado hijueputa, salí pa (sic) que peliemos si sos hombre*" (fl. 46 *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—.

7. Jesús María Agudelo García, celador en ese sector, declaró: "Lo único que yo vi fue cuando ellos empezaron. El señor fallecido se llama Oswaldo Garzón y estaba parado en el andén de la derecha, subiendo por la calle 12 y el señor Hugo Acevedo estaba en el andén de la izquierda de la misma carrera 12, subiendo también. Estaba yo parado en la esquina del andén de la carrera 12 en la izquierda *cuando veí (sic) que alegaban Hugo y el señor Oswaldo; tampoco alcanzaba yo a oír qué era lo que decían*" ..."*el finado Oswaldo y Hugo continuaron discutiendo pero no oí qué era lo que decían*" (fls. 64 y vto. *ibídem*). —Subrayas fuera de texto—. En las diligencias de confrontación con el sindicado y con los testigos Américo Guzmán y Alvaro Salazar sostuvo lo mismo en cuanto a la discusión o alegación que vio a distancia sin poder oír de qué se trataba (fls. 83 vto., 86 y 87 vto. *ibídem*).

8. Varios de los testigos describieron el carácter del occiso como problemático y perecoso cuando ingería licor, y esa noche estaba haciéndolo: Jesús Agudelo dijo a este respecto: "Lo único que tengo para decir es que Oswaldo cuando estaba borracho *era muy grosero, no respetaba a nadie*". Leonel Antonio Cadavid, expresó: "*El cuando se emborrachaba era muy problemático*". Américo Guzmán, anotó: "*Llegaba al café a tomarse los tragos y a ponerle problemas a todo el que había ahí*". Fabio Pérez, comentó: "El en sano juicio era un señor, pero *no podía tomar trago porque era perecoso*". Alvaro Salazar, señaló: "Más bien el sastre era una gran persona, *lo que pasa es que*

cuando se le subía el alcohol como que se enloquecía". Liliana Patricia Guevara, observó: "Cuando dijeron que estaban peliando afuera el pastuso o el ecuatoriano, a nosotros *nos habían dicho que era muy problemático"* (fls. 9 vto., 26, 33 vto., 37, 43 vto., 44 *ibídem*). —Las subrayas no pertenecen a los textos—.

9. El procesado estuvo tomando trago esa noche tanto en ese establecimiento, como en otro diferente horas antes, como lo indican, entre otros, Héctor Hurtado, Leonel Antonio Cadavid, Darío Parra (fls. 22, 26 y 47 *ibídem*).

10. En su indagatoria y en la audiencia pública manifestó el procesado que no podía tomar mucho trago porque le hacía daño por sufrir de la cabeza en razón de un golpe que se dio. Al expediente se aportó su historia clínica llevada en el Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Pereira, y en ella se alude a traumatismos en su pierna izquierda (fractura de la tibia en el año de 1980) y, al parecer, a deficiencia de la columna en la región cervical. A estos problemas de salud se refirió también el apoderado en su alegato previo a la calificación del sumario (fls. 15 vto., 52 a 63, 111 y 157 del cuaderno del Tribunal).

Es cierto que la tesis dominante de esta Sala en relación con la específica circunstancia de atenuación de la punibilidad a que se refería el artículo 28 del anterior Código Penal y que recoge el 60 del estatuto vigente, ha sido la de exigir para su procedencia, el reconocimiento de la misma por parte del jurado con la plenitud de las condiciones que caracterizan la figura, a saber: La existencia del estado de ira o intenso dolor; que haya sido causado por comportamiento ajeno (antes provocación); y que haya sido grave e injusto. Si se excluye cualquiera de esas exigencias en la respuesta del jurado ella resulta irrelevante jurídicamente para los efectos de esa especial atenuación de la pena.

Esa la posición que pudiera denominarse rigurosa e inflexible, la cual está expuesta en multiplicidad de decisiones uniformes y reiteradas de la Sala, entre ellas la de 23 de noviembre de 1977 a que aluden los fallos de instancia y que les sirvió a los juzgadores de fundamento para desestimar la interpretación del veredicto solicitada por el Fiscal y por el defensor.

Pero no es menos cierto que, en aras de procurar desentrañar el verdadero propósito del jurado frente a veredictos que resultan incompletos en su redacción, la Sala ha morigerado en ocasiones, justa y equitativamente, su rigidez, para dar campo a una razonable interpretación de la voluntad de los jueces de conciencia a la luz de los elementos de prueba contenidos en el proceso y principalmente frente a la manera como se desarrolló en la audiencia pública el debate en referencia con el tema no concretado con meridiana claridad en la veredicción.

Es así como, por ejemplo, dijo en providencia de 20 de noviembre de 1980, al analizar una situación semejante a la que ahora se dilucida y en la cual tanto el Fiscal como el defensor solicitaron el reconocimiento de la atenuante y el jurado contestó: *"Sí es responsable del delito de homicidio por ira e intenso dolor"*:

"También cabe destacar que, cuando se trata de la diminuente consagrada en el artículo 28 del Código Penal, el reconocimiento del jurado debe acompañarse de una determinación conceptual bastante precisa, exigiéndose, en un principio, la concurrencia de una provocación grave o injusta, y últimamente, una de estas dos caracterizaciones siempre y cuando en el debate público se haya hecho referencia a la misma y exista un atendible respaldo probatorio de su existencia".

Es este el antecedente jurisprudencial que relaciona el recurrente en su demanda.

Infortunadamente el punto no se decidió en el fondo, por cuanto la controversia hubo de ser desatada por la vía del rechazo en virtud de la falta de técnica, ya que el censor en esa ocasión entremezcló indebidamente las dos causales de casación primera y segunda. Pero, de todos modos, se planteó la viabilidad de la razonable interpretación, con carácter de amplitud, de veredictos de la naturaleza del que se analiza en el presente caso.

En el año de 1975, al analizar la Sala un veredicto concebido en los siguientes términos: *"Sí, es responsable, pero con la atenuante provocada por la ira de las injurias sufridas"*, concluyó aceptándolo como válido, por estimar que, aun cuando no recogía en su texto todos los elementos integradores de la diminuente del artículo 28 del Código Penal anterior, los contenía en esencia y permitía, por tanto, auscultar en él la indesconocible intención de los jueces populares de reconocer la específica circunstancia de aminoración de la punibilidad. Se dijo en esa ocasión:

"Si, como lo afirma el demandante durante la audiencia pública fue sostenida por él como defensor del acusado, la tesis subsidiaria de que el hecho se había cometido en 'estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación', la que naturalmente quedaba sometida a la consideración de los jueces populares, al pronunciarse estos sobre el cuestionario que se les formuló para juzgar a..., afirmando su responsabilidad, con el agregado 'pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas', no hicieron otra cosa que reconocer la aminorante de la responsabilidad contenida en el artículo 28 del Código Penal, así no se hayan expresado en términos léxicos sacramentales.

"Por eso la Sala encuentra ajustados a derecho y a la realidad procesal los razonamientos del Ministerio Público, cuando sostiene que el Fiscal durante el debate público 'se ocupó de modo preferente en el análisis de la atenuante de la provocación por ira o intenso dolor para descartarla por anticipado', a la vez que el defensor adujo como tesis central la no responsabilidad del acusado por haber cometido el hecho en estado de enajenación mental transitoria ocasionada por embriaguez aguda y planteó 'como subsidiaria la de que el delito había sido cometido 'en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación', o sea que entre las tesis 'extremas de la acusación y la defensa se planteó el jurado como única alternativa la atenuante de la provocación', sin que, de otro lado, en ningún momento se insinuara siquiera 'que el hecho se hubiera perpetrado en la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el artículo 38 del Código Penal'.

"De suerte, pues, que al referirse el jurado a la atenuante de la provocación se remitió necesariamente, como ya se dijo, a la aminorante de la responsabilidad consagrada en el referido artículo 28 del Código Penal, como única alternativa que fue puesta a su consideración entre las tesis extremas que se debatieron en la audiencia pública.

"Se concluye, por tanto, que el Tribunal Superior de Pasto interpretó de manera errada el veredicto, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 362 del Código Penal y a dejar de aplicar el artículo 28 del mismo estatuto, para producir un fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"Y así se tiene entonces que prospera la causal invocada". La sentencia fue casada (providencia de 14 de noviembre de 1975, G. J., Tomo CLI, Nº 2392, pág. 462).

Sustancialmente, el veredicto que ahora se estudia es similar al analizado en aquella ocasión por la Sala, pues aunque es cierto que el actual no incluye en su texto el nexo causal entre el estado anímico en que actuó Acevedo y las ofensas que le irrogó el occiso, no es aventurado suponer que él estuvo presente en la mente y en la intención de los jurados y que si no lo consignaron de manera expresa fue por cuanto no lo estimaron necesario para sus propósitos de reconocer la atenuante que se les solicitaba que declararan. No porque hubiesen querido excluirlo por inexistente.

Esta apreciación tiene respaldo en la forma como se desarrolló el debate sobre el tema en la vista pública, en la cual, además de lo que ya se ha comentado sobre la materia, no se controvirtió la existencia de los insultos ni sus connotaciones de gravedad e injusticia. A este respecto la única ilustración con que contaron los jueces populares provenía del auto de proceder, cuya lectura escucharon al comienzo de la audiencia y del que debieron haber recibido oportunamente copia, pues la ley lo dispone (art. 549 del C. de P. P.) y el juzgado lo ordenó (fl. 152 vto. del cuaderno principal).

Es lógico deducir que si se habló ante los jurados de ofensas por parte de la víctima hacia el sindicado y estos respondieron que él actuó en *estado de ira e intenso dolor*, fueron esas injurias la causa de ese fenómeno síquico, pues nadie, que sea normal, padece alteraciones sicológicas, ni menos de intensidad, frente a simples autoestimulaciones.

No repugna a la realidad procesal, sobre todo a la que recoge el acta de la audiencia pública, el sostener que los jueces de conciencia quisieron reconocer a Acevedo la atenuante que para él solicitaron el Fiscal y el defensor por haber obrado al impulso de las injurias atribuidas al occiso.

La forma como redactaron su veredicción, y principalmente la manera como ataron las dos proposiciones, empleando para ello la conjunción adversativa correctiva *pero*, cuya función gramatical es la de oponer a un concepto otro diverso o ampliativo del anterior (Diccionario de la Real Academia), indica a las claras que los jueces populares reconocían la *responsabilidad* de Acevedo pero no lisa y llanamente, sino con algo más, que no podía ser nada diferente de lo que

les planteaban las partes intervinientes, pues lo contrario no tendría sentido alguno, dentro del contexto de discusión del tema en la audiencia. No cabe, pues, duda de que los jurados quisieron aliviar la situación jurídica del procesado, así no hubiesen utilizado la terminología completa y exacta que recogiera su pensamiento.

Estima la Sala que el proceso, y sobre todo el desarrollo de la audiencia pública, ofrecen elementos de juicio atendibles para predicar, en el caso que se estudia, la razonable convicción de que los jurados tuvieron la inequívoca intención de reconocer al sindicado la específica circunstancia de atenuación punitiva alegada en su favor por el Fiscal y por el defensor, aunque no hubiesen utilizado, para expresarla, la terminología propia y completa que consagra la ley, lo cual pudo haber obedecido, como se dejó dicho ya, a que estimaron que no era necesario, y, además, a la falta de debida ilustración al respecto por parte de los que intervinieron en la audiencia.

No es que se quiera decir que la simple ira o el solo dolor, aunque sean intensos, sirvan de único fundamento para reconocer la disminuente. No. Ni en el anterior código, ni en el actual. Se trata es de precisar la voluntad del jurado en el presente caso.

Fue y sigue siendo exigencia normativa del precepto que recogía y recoge la figura jurídica que se estudia, la de comprobar que existió un comportamiento grave e injusto de un tercero hacia quien reaccionó emocionalmente y establecer el vínculo lógico entre ese estado síquico y aquella su causa, la cual, por lo demás, debe tener la virtualidad de desencadenarlo, pues no se trata de favorecer temperamentos impulsivos, sino de comprender situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectiva y volitiva del agraviado en virtud de la alteración anímica provocada por la ofensa y que permiten hacer, por lo mismo, una disminución de la pena.

En estos aspectos no existe diferencia sustancial entre ambos estatutos. El nuevo sustituyó la expresión "grave e injusta provocación" del anterior, por "comportamiento ajeno grave e injusto", para eliminar los inconvenientes que surgían de la connotación jurídica de la provocación, que llevó a predicar en ocasiones la necesidad de acreditar en el ofensor el "ánimo de provocar", exigencia de difícil comprobación dada su naturaleza subjetiva. Lo importante, y así viene a quedar consagrado en el nuevo código con el cambio anotado, es que el agraviado haya obrado en estado emocional o pasional y que éste haya sido causado por comportamiento grave e injusto de un tercero, así no hubiese tenido intención de provocarlo. Se mira, por tanto, al aspecto objetivo de esa relación causal, sin necesidad de tener que entrar en valoraciones de tipo subjetivo. Estos puntos de vista, orientados a despojar a la actitud del tercero "del deliberado propósito de causar u ocasionar el estado de ira o de dolor en otra persona" para darle el simple alcance de "una conducta genérica, ilegítima", fueron expuestos, para explicar la variación propuesta, por quienes redactaron el anteproyecto de Código Penal de 1974 según consta en sus Actas números 59 y 56, páginas 373, 374 y 418 (Publicación del Ministerio de Justicia, junio de 1974).

Las precedentes consideraciones permiten concluir que los juzgadores de instancia no desentrañaron, habiendo podido y debido hacerlo, el verdadero sentido del veredicto, lo cual los condujo a dejar de aplicar el artículo 60 del Código Penal con incidencia notoria en el *quántum* de pena aplicable y en el aplicado efectivamente.

Por tanto, la sentencia acusada no está en consonancia con el veredicto y debe ser, por lo mismo, casada, para armonizarla con él, consultando sus verdaderos sentido y alcance.

El cargo prospera.

Se procederá, en consecuencia, a casar parcialmente el fallo y a dictar el que corresponde, tal como lo dispone el artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal. Esta determinación implica reducir la sanción que se impuso en la sentencia de instancia, que es de diez años de prisión, a *cincuenta meses* de la misma especie, individualización que se hace con fundamento en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa parcialmente la sentencia impugnada* de fecha y origen indicados en la parte motiva y, en su lugar, *condena* a Hugo de Jesús Acevedo Cardona, cuyas condiciones civiles y personales son conocidas en autos, a la pena principal de *cincuenta meses de prisión*, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Edgar Oswaldo Garzón Sanabria, según hechos ocurridos en la noche del veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y uno en la ciudad de Pereira. En la misma proporción quedan reducidas las penas accesorias impuestas en la sentencia recurrida, la cual rige en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Hugo Humberto Rodríguez Cortés, Conjuez; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º SUJETO ACTIVO CUALIFICADO COMPLICES O DETERMINADORES

Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta de éste descrita sólo se determinará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas

2º ESTAFA PROCESAL

Se le da el calificativo de estafa procesal, por el hecho de que la defraudación se logra a través de la intervención funcional de los jueces

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobada: Acta número 45 de mayo de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la sentencia absolutoria que en primera instancia había dictado el Juzgado Quinto Superior de aquella ciudad en la causa adelantada contra *César Echeverry Correa,* por el delito de falsedad documental. Condenó el Tribunal al procesado Echeverry Correa a la pena de dos años de presidio "que descontará como prisión", al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios y a las pertinentes penas accesorias.

Contra la citada sentencia interpuso recurso de casación el representante del Ministerio Público, el cual fue concedido y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a las exigencias legales, se procede a resolver.

Hechos:

Denunció Enrique Carlos Correa Reyes a su primo César Echeverry Correa por cuanto éste presentó para su cobro, por la vía ejecutiva, ante el Juzgado 15 Civil Municipal de Cali, un cheque por la suma de $ 30.000.oo que con anterioridad había cancelado en su totalidad. En

efecto, el primer cheque lo pagó con otro por la suma de $ 34.000.oo, valor correspondiente a la acreencia inicial, a los intereses y a un dinero que a Echeverry correspondía dentro de una sucesión. Correa no recibió el título valor cancelado, por cuanto su pariente le dijo que lo destruiría. Tiempo después Echeverry presentó el cheque al banco que no le pagó por su deterioro y por el tiempo transcurrido desde la emisión; sin embargo, con base en dicho título confirió poder a un abogado que presentó demanda ejecutiva y solicitud de medidas cautelares. El Juzgado Civil libró mandamiento de pago y ordenó el embargo de bienes del girador.

Actuación procesal:

Los hechos anteriormente relacionados dieron lugar a que Enrique Carlos Correa denunciara penalmente a Echeverry Correa. Luego de algunas incidencias y de la práctica de diligencias preliminares, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cali, abrió la investigación penal el 21 de febrero de 1979.

César Echeverry Correa fue oído en diligencia de indagatoria por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal, el 18 de mayo de 1979. Este mismo juzgado dictó auto de detención preventiva contra el sindicado, el 19 de mayo de 1979, por el delito de falsedad. Contra esta determinación se interpuso recurso de apelación.

Enviado el expediente al Juzgado Quinto Superior, éste dispuso el cierre de la investigación. No obstante, este juzgado al entrar a calificar el mérito del sumario, declaró nulo el auto de cierre de investigación, por cuanto estimó que el delito cometido no era el de falsedad, sino el de estafa procesal en el grado de tentativa. Dispuso, en consecuencia enviar el expediente al funcionario competente.

Por razón de la cuantía el proceso fue enviado al Juzgado 12 Penal Municipal, despacho que el 14 de septiembre de 1979 revocó el auto de detención dictado contra Echeverry. Para esa época el Tribunal Superior de Cali profirió la decisión del 27 de septiembre de 1979, en virtud de la cual confirmó el auto de detención que se había dictado contra el sindicado, por un delito contra la fe pública. En estas condiciones el Juzgado Superior solicitó el envío de las diligencias y dispuso nuevamente el cierre de la investigación en decisión del 21 de febrero de 1980.

El 21 de marzo de 1980, el Juzgado Quinto Superior de Cali calificó el mérito del sumario. En dicha providencia estimó que era atípica la figura de la estafa procesal, pero enjuició a Echeverry Correa por el delito de falsedad documental "...al haber adecuado su conducta el tipo básico del 231, numeral 4º en concordancia con el 233, para los efectos de la punibilidad".

Apelada la anterior determinación por el defensor de oficio que fue necesario nombrar ante la contumacia del encausado, mereció confirmación por parte del Tribunal Superior de Cali, en providencia del 15 de octubre de 1980, que estimó que Echeverry Correa era autor intelectual de la infracción que dió origen al enjuiciamiento.

Dentro del período de la causa no fueron practicadas pruebas. Finalmente el 3 de marzo de 1981 se verificó la diligencia de audiencia pública.

El Juzgado Quinto Superior puso fin a la primera instancia con sentencia de carácter absolutorio, al estimar que la falsedad ideológica en documento privado no era conducta típica dentro del nuevo ordenamiento penal.

El Tribunal de Cali revocó la sentencia absolutoria y en su lugar condenó a Echeverry Correa a la pena de dos años de presidio, bajo la consideración de que éste había violado los artículos 231, numeral 4º y 233 del Código Penal de 1936, "...violaciones estas de la ley que no se contraen particularmente al embuste que lo hizo escribir el acusado a su abogado, en el poder y en el escrito de demanda, sino en cuanto logró producir por ese medio el error de que fue víctima el señor juez al decretar el mandamiento de pago y adoptar las resoluciones judiciales originadas en esas falsas afirmaciones..."

La demanda de casación:

El recurso de casación fue interpuesto por la señorita Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. En la demanda presentada con la debida oportunidad afirma que la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, y, consecuencialmente, en incompetencia del juez que dictó esa providencia.

Razona así la impugnante:

"El Tribunal sostiene erróneamente, en mi concepto, que en el caso *sub júdice* hay falsedad ideológica, por cuanto existió la narración falsa de los hechos en primer lugar de Echeverry Correa a su abogado al otorgarle poder para el cobro, y en segundo lugar, del abogado al presentar la demanda, obteniendo un pronunciamiento judicial al respecto, pero sin punibilidad ni para el abogado ni para el juez, radicando la culpabilidad en el poderdante que así planeó las cosas.

"La Fiscalía ha sostenido que se trata del delito de *estafa*, estatuido en el artículo 408 del código anterior, porque hubo lesión de un bien patrimonial en provecho del sindicado Echeverry Correa, en el grado de tentativa, puesto que la narración de hechos falsos consignados en la demanda instaurada por el sindicado, a través de su apoderado doctor Jaime Martínez, ante el Juez Civil Municipal de la ciudad exigiendo el pago del instrumento descargado, no fue sino el medio engañoso, la mentira de que se valió el procesado para obtener el doble pago, haciéndole creer al juez, por conducto de su apoderado, que la obligación allí contenida era clara, expresa y exigible. Además, la demanda cuyo origen es particular, no perseguía fin distinto al de inducir en error al juez para lograr el pago de la obligación y era el único medio idóneo para alcanzar su propósito, una vez había fracasado en el intento de cobro por el Banco".

Solicita, en consecuencia que se case el fallo impugnado y que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación.

Consideraciones de la Corte:

Tal como lo advierte el agente del Ministerio Público que presentó la demanda de casación, la que no fue ampliada por el Procurador Delegado, los hechos que dieron fundamento al fallo que se acusa no son cuestionados, lo que ha merecido objeción por parte del recurrente es la adecuación típica que de ellos se hizo. En síntesis se procesó a Echeverry Correa por haber iniciado un proceso ejecutivo que llegó hasta la práctica de medidas cautelares, con fundamento en un título que ya había sido cancelado, lo que condujo a que el funcionario librara un auto de mandamiento de pago en el cual se hacían atestaciones contrarias a la verdad.

Debe tenerse en cuenta que los hechos ocurrieron dentro de la vigencia de la legislación penal de 1936 y que con base en esa legislación se calificó el mérito del sumario. Por lo tanto, la alegada nulidad por errada denominación jurídica de la infracción se estudiará con relación a la normatividad para entonces vigente.

El procesado fue condenado por la conducta prevista en el numeral 4º del artículo 231 del Código Penal de 1936, en consonancia con el artículo 233 *ibídem*, vale decir por haber llevado a un funcionario público a faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Sin entrar a dilucidar si el funcionario que distorsiona la realidad probatoria comete un delito de prevaricato o un atentado contra la fe pública, en el caso presente el procesado no estaba en condiciones de cometer tales infracciones por las razones que enseguida se expondrán.

La determinación de un particular frente a tipos de sujeto activo calificado. *La coparticipación a concurso de personas en la comisión de un hecho punible es institución jurídica de carácter genérico que comprende a los autores propiamente dichos y a los cómplices, clasificados por la anterior codificación en necesarios y no necesarios.*

La descripción de la conducta punible se refiere a la actividad que debe realizar el agente o sujeto activo, esto es que el tipo penal sólo contempla el comportamiento del autor material. Sin embargo, como personas distintas al autor material pueden actuar dentro del proceso delictivo, el dispositivo amplificador de la coparticipación permite la aplicación de las consecuencias punitivas a personas que sin haber realizado la conducta típica hayan participado en alguna forma en su comisión.

Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor

material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación.

La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos, debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental.

Tradicionalmente, aun cuando no en forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal pueda ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determina a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurre relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de ésta a que realice sobre ella actos eróticos-sexuales. De no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico penal a menos que por sí misma configurase delito autónomo.

No obstante es necesario anotar que una cosa es la autoría mediata y otra diferente la determinación. En la primera el agente comete el delito a través de otra persona a quien no puede reprocharse su conducta, por cuanto actúa como un mero instrumento. Tal sería el caso de la violencia insuperable (vis maior), *o el de la orden vinculante absoluta, o cuando el autor mediato coloca a la persona que actúa en situación de error insuperable respecto de la naturaleza de la acción ejecutada o finalmente cuando la conducta del autor se realiza utilizando a una persona como instrumento material, como sería el caso de quien empuja a una persona descuidada para dañar o lesionar. En este caso el único responsable es el autor mediato y, por lo tanto, si para la conducta típica que en concreto se atribuye se requiere cualificación, es necesario que el autor mediato ostente esa calidad.*

En cambio en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación. En este caso si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no pasa quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad.

En el caso presente el procesado, valiéndose de una actitud engañosa indujo al funcionario a tomar una resolución equivocada pues lo hizo librar una orden de pago con base en un título ya cancelado. Sin embargo, como no existió relación de ninguna índole entre el procesado y el funcionario, no puede hablarse de determinación, de manera que

el verdadero autor mediato fue el procesado quien por tal razón no podía cometer ni el delito de falsedad previsto en el artículo 231 del Código Penal de 1936, pues esas infracciones sólo podían ser cometidas por funcionario público, calidad que para entonces no tenía el procesado.

La estafa. *El sujeto que inicia o prosigue trámites judiciales con el fin de lograr el pago de una acreencia ya cancelada, comete el delito de estafa o por lo menos incurre en tentativa de estafa cuando habiendo iniciado la ejecución del hecho no logra la defraudación patrimonial por la interposición de factores ajenos a su voluntad.*

Adviértese, en primer lugar, y para responder una afirmación hecha en la instancia, que cuando a tal forma de estafa se le dé el calificativo de estafa procesal, por el hecho de que la defraudación se logra a través de la intervención funcional de los jueces, no se está eludiendo a forma delictiva diversa de la prevista en el ordenamiento penal, por lo tanto no se está creando un tipo o violando el principio de reserva. Tampoco en tal caso se está creando un tipo o violando el principio de reserva. Tampoco en tal caso se está dando la aplicación analógica de una disposición penal, pues como se dijo, el calificativo de procesal que se asigna a la estafa que por el medio indicado se comete, constituye apenas una denominación doctrinaria, pero que en esencia no es cosa distinta a la realización de la conducta prevista en el artículo 408 del Código Penal de 1936.

De otra parte la doctrina ha aceptado que es posible que las maniobras engañosas se realicen sobre persona distinta al sujeto pasivo de este atentado contra el patrimonio económico. Si esto es así, el tercero engañado bien puede ser un funcionario judicial, pues, además, tampoco hay razón alguna que permita afirmar que los jueces no pueden ser víctimas de engaño, ya que la realidad vivencial permite contradecir este aserto. Menos aún puede afirmarse, como se concluyó en la instancia, que el delito de estafa, así a ésta se le dé el calificativo de procesal, sea medio indirecto para la revisión de los procesos civiles con desconocimiento del principio de la cosa juzgada, pues el derecho penal debe intervenir siempre que se hayan vulnerado sus preceptos sin limitaciones derivadas de la calidad de los autores o de la oportunidad en que el ilícito se cometió. El principio de la oficialidad que preside el proceso penal así lo impone.

De manera que el procesado cometió el delito de estafa en el grado de tentativa, habida cuenta de que mediante el empleo de maniobras engañosas, consistentes en la utilización de un título cancelado y en la iniciación de una actuación procesal con base en él, indujo en error a una persona (el juez), con el propósito de obtener un beneficio de carácter patrimonial (el doble pago de una deuda), en detrimento de los intereses del denunciante y sujeto pasivo, defraudación que no logró llegar a su consumación por la interposición de factores extraños a la voluntad del agente.

En estas condiciones debe concluirse que la conducta que se atribuye al procesado representaba, en el momento en que se cometió y en el que se calificó el mérito del sumario, un delito de estafa. Por lo tanto, le asiste razón al demandante y la causal de casación invocada

debe prosperar, pues la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad por errónea calificación y, además por incompetencia del juez, razón que lleva a la Sala a aceptar los planteamientos de la demanda y consecuencialmente a decretar la nulidad a partir del auto que declaró cerrada la investigación.

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

Resuelve:

Casar la sentencia impugnada. En consecuencia se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Requiérese que la acusación que se hace al procesado esté debidamente delimitada, como mecanismo instrumental para que el hecho imputado y su significación sean conocidos y, por lo tanto, garantizado el punto de partida del derecho de defensa

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

Magistrado ponente: *Docor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 51.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia condenatoria contra el procesado *Jorge Enrique Chaves Estupiñán* quien había sido procesado por un delito de hurto. Contra esta determinación interpuso el condenado el recurso extraordinario de casación que, concedido en su oportunidad, fue declarado admisible por esta Corporación presentada la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones formales previstas en la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a tomar la decisión a que haya lugar.

Hechos:

Las autoridades de policía fueron informadas sobre el lugar en donde se encontraba Jorge Enrique Chaves Estupiñán, miembro de la banda "Los Norteños", que había cometido diversos ilícitos contra la propiedad en residencia del norte de la ciudad. En la casa de Chaves Estupiñán se le dio captura y le fueron decomisados gran cantidad de finos objetos tales como porcelanas, electrodomésticos, cristales, cuadros, alfombras, relojes, dinero en moneda extranjera, etc. Sobre esos objetos la señora Ligia Tabares de Nieto reconoció algunos como de su propiedad, los cuales habían sido sustraídos de su residencia el 20 de septiembre de 1979, cuando unos desconocidos penetraron a su casa de la calle 118 número 25-12 de esta ciudad y una vez que redujeron y maniataron al celador se apoderaron de objetos cuyo valor estimó en más de dos y medio millones de pesos.

Actuación procesal:

El Juzgado 23 de Instrucción Criminal inició la investigación por el atentado contra la propiedad de que fuera víctima la señora Ligia Tabares de Nieto, por medio de providencia dictada el 28 de enero de 1980.

El 3 de marzo de 1981 rindió indagatoria Jorge Enrique Chaves Estupiñán y en tal diligencia negó su participación en los hechos investigados al punto de que desconoció que en su poder se hubieran encontrado los numerosos y valiosos objetos a que hace referencia el informe de la policía. El Juzgado de Instrucción Criminal dictó contra el sindicado auto de detención el 9 de marzo de 1981.

Terminado el período investigativo, el Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá cerró la investigación por medio de auto del 22 de junio de 1981. Ese mismo juzgado calificó el mérito del sumario el 1º de agosto de 1981 con auto de llamamiento a juicio en contra de Chaves Estupiñán a quien le formuló cargos por el delito de hurto calificado, habida cuenta de la concurrencia de las causales 1ª, 2ª y 3ª de agravación en el artículo 350 del Código Penal. El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer por vía de apelación del auto calificatorio, lo confirmó en su integridad en providencia del 24 de octubre de 1981.

Dentro del período probatorio de la causa se practicaron algunas pruebas y finalmente, el 15 de marzo de 1982 se celebró la diligencia de audiencia pública.

El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia dictada el 31 de marzo de 1982. En ella condenó a Chaves Estupiñán a la pena principal de 40 meses de prisión y a las penas accesorias correspondientes.

Apelada la sentencia de primera instancia mereció la confirmación por parte del Tribunal Superior de Bogotá, con la modificación de la pena principal que se fijó en seis años de prisión.

La demanda de casación:

La demanda de casación presentada a nombre del condenado Jorge Enrique Chaves Estupiñán acusa la sentencia de segunda instancia con apoyo en las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta. Estima el impugnante que la sentencia que puso fin al proceso se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, por cuanto no se observaron a plenitud las formas propias del juicio.

A criterio del recurrente la nulidad invocada se presentó porque el auto de proceder se dictó con desconocimiento de las exigencias formales previstas en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Señala que no fue adecuada la forma como en la parte motiva de aquella providencia se dejaron relacionadas las causales de agravación, pues "...al señor juez le hubiese bastado con hablar del delito de hurto en forma genérica, calificando en esta forma lo genérico del

hecho punible, sin tener necesidad de especificarlo jurídicamente, esto es, sin necesidad de hacer referencia jurídica de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 359, y mucho menos hablar del hurto calificado, bastando para dar cumplimiento al mencionado ordinal del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal hablar de que el apoderamiento ocurrió con violencia, colocando en condiciones de inferioridad a la víctima, etc.".

Afirma, no obstante, que la verdadera causa de la nulidad se halla en la parte resolutiva del auto de proceder, ya que en esa providencia se dispuso el llamamiento a juicio de su cliente por el delito de "hurto calificado", con desconocimiento de lo dispuesto por el inciso final del artículo 483 del ordenamiento procesal que señala que en la parte resolutiva del llamamiento a juicio se concretará el delito que da lugar al auto de proceder "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 considere aplicable".

El desconocimiento de las ritualidades procesales indicadas constituye, en opinión del casacionista, una nulidad que afectó al esquema del proceso, a partir del momento de su ocurrencia, con violación de las garantías fundamentales y menoscabo del derecho de defensa del procesado, pues se impidió que éste invocara respuestas que lo favorecieran, aún dentro del mismo género delictivo.

Causal primera. Se hace consistir este cargo en la afirmación de que en la sentencia de segunda instancia se violó en forma indirecta la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de una prueba.

De acuerdo con el planteamiento del impugnante, los artículos 26 de la Constitución Nacional, 2º del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, exigen para el pronunciamiento de una sentencia de condena la demostración plena de la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento que se atribuye al procesado. En el caso presente no se acreditó el objeto material del ilícito, pues frente a esta infracción no basta con demostrar que el objeto no pertenece al agente del hecho punible, pues es necesario probar que ese objeto es propiedad de otro.

La única prueba sobre la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos que fueron sustraídos es la denuncia no ratificada de la señora Tabares de Nieto, que en manera alguna por sí sola acreditó la existencia de los bienes que dijo le fueron sustraídos, lo que permitió el incumplimiento de lo preceptuado por los artículos 310, 318, 334, 346, 389 y 406 del Código de Procedimiento Penal. En estas condiciones el testimonio de la denunciante fue tergiversado, apreciado de manera errónea su valor probatorio, pues a través de él se dio por demostrada la previa existencia de los objetos sustraídos, cuando tal prueba no tenía la capacidad probatoria que el juzgador le dedujo.

Señala el actor que el error de hecho en la apreciación del testimonio de la denunciante dio lugar a la violación indirecta del artículo 2º del Código Penal en concordancia con los artículos 349 y 350 de la misma obra.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

Causal cuarta de casación. A juicio de la Sala el cargo formulado con fundamento en la causal cuarta de casación no está llamado a prosperar, en virtud de las siguientes consideraciones:

Una crítica inicial del recurrente al auto de proceder se basa en el hecho de que en esta pieza procesal se mencionaron expresamente los artículos 349 y 350, numerales 1, 2 y 3 del Código Penal, en detrimento del mandato legal de que la calificación debe hacerse en forma genérica. Sin embargo, tal como lo recuerda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, señala que en la parte motiva del auto de proceder se hará "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifique".

El auto de proceder, como repetidamente lo ha señalado la jurisprudencia, es pieza fundamental dentro de la actuación cuyo contenido ha sido reglamentado por la ley (arts. 481 y 483 del C. de P. P.). Requiérese que la acusación que se hace al procesado esté debidamente delimitada, como mecanismo instrumental para que el hecho imputado y su significación sean conocidos y, por lo tanto, garantizado el punto de partida del derecho de defensa. De manera que la necesidad de que los cargos sean claros y precisos no se satisface con la simple denominación genérica de la infracción, ya que la propia ley demanda que en la motivación se determinen las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho, es decir aquellas que, acreditadas en el sumario, tienen la posibilidad de incidir en el plano de la punibilidad.

En el caso presente el juez del conocimiento señaló que el procesado debía responder por el delito de hurto calificado habida cuenta de que los autores del ilícito emplearon violencia contra las personas, colocaron a un celador en circunstancias de indefensión o inferioridad y cometieron el hecho mediante penetración engañosa o clandestina en lugar habitado, circunstancias estas contempladas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 350 del Código Penal. Al proceder en esta forma el funcionario se limitó a cumplir con el deber legal de precisar la imputación señalando las circunstancias específicas del hecho por el cual se abrió causa criminal.

Tampoco encuentra la Sala que por el hecho de que en la parte resolutiva se comprometió en juicio criminal a Chaves Estupiñán por "hurto calificado", se haya incurrido en una causal de nulidad. Ciertamente, como lo advierte el distinguido colaborador fiscal, el desconocimiento del mandato del artículo 483, según el cual en la parte resolutiva se hará el llamamiento a juicio por la denominación genérica sin determinar la especie, constituye una irregularidad que no está sancionada con la nulidad del acto procesal, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, ni representa una nulidad de orden constitucional ya que con ello no se vulneró el derecho de defensa del procesado. "Al contrario, —dice el representante del Ministerio Público— así concebida la calificación

del delito en el auto de enjuiciamiento, la defensa tuvo pleno conocimiento de que el pliego de cargos contra el acusado no se refería a un hurto simple sino a una infracción contra el patrimonio económico con tres circunstancias de agravación".

No prospera el cargo.

Causal primera de casación. Notorias deficiencias técnicas en la formulación del recurso impiden que la Sala se ocupe de su estudio y que, consecuencialmente, lo desestime.

Insistentemente se ha dicho que la causal primera de casación se refiere en su integridad a la violación de la ley sustancial por parte del juzgador, sólo que en el primer supuesto la violación ocurre con prescindencia de la prueba y de su estimación, mientras que en el segundo, la violación se presenta justamente por razón del desconocimiento del caudal probatorio o de la errada valoración que de él se hizo en la sentencia.

En el caso de que se alegue violación de la ley penal sustancial corresponde al impugnante demostrar que se incurrió en la sentencia del Tribunal en error de hecho o de derecho, que ese error es manifiesto y además determinante en el pronunciamiento del fallo, que condujo a la violación de la ley sustancial que deberá ser precisada y, finalmente, la forma de la violación, vale decir si ocurrió por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación.

En la demanda que se estudia el actor señaló como normas sustanciales violadas los artículos 2º, 349 y 350 del Código Penal, no obstante, omitió precisar y demostrar el concepto de la violación, esto es, no dijo si la violación de la ley sustancial se presentó por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación, lo que impide que el cargo sea estudiado.

De otra parte, como lo advierte el señor Procurador Delegado, "el demandante tan sólo impugna el testimonio de la denunciante señora Ligia Tabares de Nieto e ignora por completo los demás elementos de convicción en que se apoyó la sentencia condenatoria, a saber: Las declaraciones juradas de los tenientes de la Policía Nacional Luis Alberto Hernández y Rafael Hernán Cely, los agentes de esta institución Fernando Salazar y Esteban Mariano Niño y el testimonio del propietario del apartamento que ocupaba Chaves, Melquisedec Martínez, el acta de folios 111 y siguientes suscrita por el acusado; los antecedentes judiciales del condenado, considerados como indicios de responsabilidad; la misma indagatoria de Chaves".

Las anteriores razones y las aducidas por el señor representante de la sociedad llevan a la Sala a desestimar el cargo propuesto con base en la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DEFENSA

La efectividad de la defensa no depende de la cantidad de argumentos que presente un defensor, con el fin de librar al procesado de los cargos; y la abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro y breve pero sólido de los aspectos favorables del caso

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 51.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación propuesto y sustentado en tiempo, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, del 28 de junio de 1982, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad el 29 de marzo del mismo año, que impuso a *María del Carmen Salazar Cantero* la pena principal de 18 meses de prisión y las accesorias de rigor, como autora responsable del delito de hurto cometido contra el patrimonio económico de Adolfo León Grimaldo Gómez y Ruby Guerrero de Grimaldo.

Hechos:

Han sido resumidos así:

"El 7 de septiembre de 1981, el matrimonio integrado por Adolfo León Grimaldo Gómez y Ruby Guerrero de Grimaldo advirtió que de su casa de habitación ubicada en la calle 33, norte número 3N-36, barrio Prados del Norte, de esta ciudad, habían desaparecido joyas, alhajas y dinero en efectivo, después de evidenciar que la doméstica María del Carmen Salazar Cantero, inexplicablemente había abandonado ese lugar, que era el de su diario trabajo, haciendo dejación de sus quehaceres sin dar previo aviso a sus empleadores.

"Más tarde fue localizada la citada empleada en cercanías del sitio en donde funciona el periódico "El Pueblo", por la señora Ruby Guerrero de Grimaldo, quien debió solicitar la ayuda de varias personas entre quienes se contaban unos agentes de la Policía Nacional, los

cuales la aprehendieron en razón del pedimento de la ofendida en este asunto que afirmó que cuando la doméstica notó su presencia dentro de las diligencias propias de su búsqueda, trató de huir.

"María del Carmen Salazar Cantero estuvo asistida de la oportunidad de apoderarse de los bienes muebles por los cuales se procede en este asunto, relacionados, especificados y simbólicamente avaluados por medio de peritos, por haber quedado al cuidado de la casa de los esposos Grimaldo Guerrero, durante los días sábado y domingo, correspondientes al 5 y 6 de septiembre del año anterior, en que sus patronos viajaron a una finca fuera de la ciudad".

La demanda:

Para solicitar la infirmación del fallo, el recurrente, Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, propone la causal cuarta (art. 580-4 del C. de P. P.).

Al amparo de esta causal sostiene el cargo único de falta de defensa técnica, entendida, según la demanda, como la conducta profesional del defensor oficioso de la procesada, quien "...pudiendo hacerlo, no realizó la efectiva defensa técnica, principalmente en el auto de juzgamiento, presentando al juez de la causa alguna tesis favorable a los intereses para los cuales actuaba, como era su deber, en lugar de solicitar una pena mínima y un subrogado que presuponían la condena de su patrocinada..."

A este punto que denomina el casacionista como defensa efectiva y no simplemente práctica o de físico acompañamiento, anota:

"...una efectiva defensa técnica exigía al encargado de la representación judicial de la procesada, un mayor y mejor análisis de la prueba en busca de cualesquiera situación que redundara en beneficio de los particulares intereses que oficiosamente se le habían encomendado, dejando al juzgador las consideraciones atinentes a la demostración del cuerpo del delito y la responsabilidad, así como el estudio de la posibilidad de conceder a la encausada algunos de los subrogados que proceden en forma oficiosa, como la condena de ejecución condicional, y, aún lo concerniente a la aplicación de una pena mínima, sin otra argumentación tendiente a la desincriminación de la conducta endilgada o su ubicación dentro de alguna de las figuras que se tradujeran en aminorantes de responsabilidad y sanción..."

Ataca la posición del fallador de segunda instancia porque éste acepta que ética, dialéctica, jurídica y probatoriamente el defensor de oficio cumplió a cabalidad su misión, actuando sobre la realidad procesal, sin presentar censura este juzgador por no incursionar la defensa sobre aspectos diferentes a la petición de pena mínima y del subrogado de la condena de ejecución condicional, posición que implica, dice, la inexorable condena y la escasa permisión de estar acompañada fácticamente, la encausada, de un defensor; y prosigue:

"...Para el Ministerio Público, la situación jurídica de María del Carmen Salazar Cantero no se presenta irremediablemente como la

de una persona a la cual nada haya para argumentar a su favor, misión propia de la efectiva defensa técnica..."

Respalda el anterior aparte de su demanda, tomando expresiones de la sentencia, como aquella, según la cual, si bien confesó la comisión del hecho lo hizo "...impulsada por los imprevisibles resortes del amor, ya que un sujeto abusó de su credulidad e ingenuidad para defraudar los intereses de sus patronos..."

La impugnación pretende fundamentar una falta de defensa de tal entidad que pueda significar la absoluta en orden a ubicar su inconformidad en un evidente desconocimiento de las garantías procesales y por tanto de las formas propias del juicio.

Según su criterio y a título de ejemplos, debió la defensa presentar, entre otras, argumentaciones de esta clase:

1. Relievar el dicho de la procesada en su indagatoria, según el cual, su conducta puede ser tachada únicamente por permitir la entrada del sujeto Danilo Devia, quien era de peligrosidad, porque según el denunciante Grimaldo Gómez, tenía amedrentado al vigilante, José Desiderio Espinosa, para la época en la cual ocurrió el hecho.

2. Y si tal intimidación, razona, afectaba la volición del celador Espinosa, necesariamente perturbó la de la procesada, y con más facilidad porque era el hombre a quien quería.

3. Y acota, como algo que debió presentar la defensa: De origen campesino, proveniente de la región montañosa del norte del departamento del Cauca, era María del Carmen Salazar Cantero una sana mujer "...de cuya bondad habla elocuentemente la señora Ruby Guerrero de Grimaldo cuando en su declaración afirma que al inquirirle su esposo si María del Carmen Salazar Cantero había hurtado algo de la casa, se apresuró a responderle en forma negativa por cuanto ella "...no era de esas".

4. Por esa vía, pudo concluir la defensa que no se estaba ante una confesión, para que pudiera llegarse, de los términos de la indagatoria a una condena, reduciéndose tanto la ilicitud que fundamentó la sentencia impugnada, al punto de estar la procesada incursa, en una conducta civil, únicamente, al permitir la entrada de Danilo Devia a la residencia de sus patronos.

La defensa técnica, reitera, ha debido referirse, por ejemplo a estos aspectos en procura de lograr, eventualmente, una absolución, deduciendo que como el profesional no polemizó sobre los anteriores o similares aspectos, el juzgamiento de la sentenciada, vulneró el artículo 26 de la Carta Política, hecho que debe quebrantar el fallo acusado, desde la audiencia.

Consideraciones de la Corte:

1. Una causal de nulidad de orden constitucional que apuntaría a la falta absoluta de defensa de la procesada constituye la tesis del casacionista que podría corresponder a la violación de garantías pro-

cesales por inobservancia de las formas propias del juicio o del debido proceso.

2. De la actuación procesal en la etapa del juicio se establece que la encausada, al notificarse del enjuiciamiento, manifestó no estar en condiciones de nombrar defensor. Y, no apeló del auto de proceder.

3. En virtud de la precedente manifestación, el juzgado de la causa le designó conforme a la ley un profesional del derecho, titulado, quien tomó posesión y recibió debida notificación del auto vocatorio a juicio.

4. El abogado titulado, oficiosamente encargado de la defensa, estuvo al tanto del desarrollo del juicio, notificándose personalmente de los autos que se profirieron en desarrollo de éste.

5. La audiencia se llevó a cabo el día y hora indicados en la respectiva providencia, a la cual no asistieron la fiscal ni la procesada. Esta última por hallarse en libertad provisional. Pero el doctor Luis A. Vargas Lozano, defensor de María del Carmen Salazar Cantero, no solamente asistió a ésta sino que al tenor de lo dispuesto en el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, intervino oralmente en favor de la fámula y entregó un alegato escrito.

6. Ante la contundente prueba incriminatoria de la cual se desprende la plena certeza de la comisión del delito de hurto y de la responsabilidad de la procesada, el señor defensor, para no contradecir lo que resultaba evidente, en acto de honradez profesional, opta por reconocer tal situación, alegando que:

"...Vistos los presupuestos del delito de hurto y teniendo en cuenta la calidad y antecedentes de la sindicada, solicito al señor juez, se sirva aplicarle la pena mínima *en caso de sentencia* o en subsidio que siga gozando del beneficio de la condena de ejecución condicional..."

7. Un análisis del caudal probatorio lleva a la irrefragable conclusión que si bien la procesada solamente acepta haber permitido la entrada, a la casa de sus patronos, del sujeto que no fue identificado en el proceso, lo cual determinó que se compulsaran copias para la correspondiente investigación, y con pleno conocimiento de que aquél tomó las cosas y se las llevó, tal posición apenas constituyó el ensayo de una coartada que se desvaneció con la prueba. En efecto los policías Ramiro Rodríguez Monroy y Fredy Antonio Vélez Sánchez, declaran que ésta les manifestó haberse apoderado de las joyas, alhajas y dinero, entregando estos efectos a un hombre que era su novio, con quien, luego se encontraría para convivir.

Su versión en el sentido de que un desconocido se acercó a la casa, dialogó con ésta y luego entró al inmueble, sentándose en alguna de las sillas de la sala para ella dedicarse a sus propias labores, dejando en plena libertad de acción a ese sujeto, quien, luego, ante sus ojos le puso de presente las cosas y dineros sustraídos, sin que ésta pudiese intentar comportamiento alguno de oposición, no por lo pueril, deja al descubierto su plena autoría en el delito, no siendo de recibo en lo que concierne a la misteriosa aparición y actuación de aquel hombre.

Y puede advertirse que en posteriores diligencias acepta que ese imaginario o real sujeto que, en la forma indicada entraría a la casa, era su novio.

8. La inconformidad del impugnante se basa en que, según su propio parecer, su talante profesional, el señor defensor de oficio *debió* hacer una intervención en la audiencia, especulando sobre todos los matices de las posiciones procesales de María del Carmen Salazar Cantero, enderezando sus conocimientos jurídicos, criminológicos y sociológicos a encontrar solamente un fallo absolutorio, sin referirse a aquellos puntos que sí tenían respaldo probatorio y lógico como una pena mínima, en caso de sentencia, y a la conservación de la libertad provisional con sustento en el subrogado de la condena de ejecución condicional, aspectos de exclusivo estudio del sentenciador, dice. Si no actúa en esa forma la defensa, según el recurrente, se ha desconocido una de las formas propias del juicio.

9. *En manera alguna puede sostenerse que la defensa, en todos los casos, deba y pueda enderezar sus conocimientos a presentar una alegación con el exclusivo y único propósito de obtener la absolución del acusado, dejando de lado el reconocimiento de la autoría y responsabilidad de su procurado, porque tal supuesto entrañaría que el abogado, oponiéndose a las leyes de la lógica y por lo tanto a la moral y ética profesionales, solamente haría efectiva y técnica defensa, presentando una absurda diatriba contra la administración de justicia, bajo el sofisma de que tal encargo, de no desempeñarse pidiendo la absolución, desembocaría en falta absoluta de defensa y por tanto en la orden de investigación contra el profesional, según el articulado del Decreto 196 de 1971.*

10. *El estilo, es el hombre, con mucha razón se dice. Y el doctor Luis A. Vargas Lozano, representante judicial de María del Carmen Salazar Cantero hizo una defensa real, según sus propias convicciones, que se derivan de la moral y ética que informan el ejercicio de la profesión. Y dentro de estos asfixiantes pero necesarios parámetros que estructuran el rol en la profesión, adelantó su intervención buscando la mayor efectividad posible.*

11. *No se desnaturaliza la defensa porque, en este caso, como en tantos, el profesional del derecho y de las ciencias sociales, con honradez, reconozca que su patrocinado ha realizado el delito sin que en su favor obren causales de inculpabilidad o eximentes de la responsabilidad y demande del juzgador que "...*en caso de una sentencia*...", por lo menos se atiendan sus palabras para aplicarle un mínimo de pena y se le reconozca algún subrogado penal. El defensor no puede hablar en contra de su propia conciencia y a sabiendas de que su alegato no encuentra aliado de naturaleza alguna en la causa. Una situación de esta condición significa actuar con deshonestidad y deslealtad, algo que no puede exigirse a profesional alguno. La defensa no puede entenderse ni esperarse como un simple acto externo de apariencia en la inconformidad con la acusación lo cual entrañaría el real engaño para el reo y para la misma administración de justicia.*

12. Sobre la actuación del señor defensor dijo el juzgador de primera instancia:

"V. La defensa oficiosa, con honestidad digna de relievar encaminó su ejercicio hacia los estadios que entendió eran más benéficos para su gratuita procurada, solicitando la aplicación de la pena mínima y la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional".

Y la sentencia de segundo grado, al respecto dijo:

"Para la Sala no queda duda alguna que la nulidad no tiene cabida por cuanto no se vislumbra por ninguna parte cuál es la mayor actividad probatoria o dialéctica que hubiera podido desenvolver el defensor de oficio, pues la situación jurídica de la encartada es evidente y por tanto honesta y éticamente no otra actitud podía tomar que la de solicitar que se aplicara la menor pena posible en forma legal, puesto que frente a la prueba de la existencia del cuerpo del delito y de la responsabilidad nada había qué hacer. Así las cosas la Sala no encuentra que haya habido una defensa que no signifique una garantía para la acusada..."

13. La Corte, por medio de esta Sala, sobre el derecho de defensa, dijo en julio 13 de 1982:

"Es fácil criticar, pero difícil entender que no todo el mundo ve las cosas del mismo modo. No se pueden juzgar las actitudes humanas por lo que uno pudo haber hecho en determinada situación, sino por lo que el común de las gentes hubiera realizado en el mismo evento. Y no se puede juzgar a un hombre sino dentro de sus peculiares y personales circunstancias. Así, pues, en el ejercicio de una defensa pueden existir caminos para salvar al procesado de una condena y existir muchos más para morigerar su situación jurídica. El no verlos todos y el no alegar el mejor, puede significar inexperiencia. Pero no se trata, por consiguiente, de cuestionar la capacidad jurídica de la defensora, se trata simplemente de saber si se ejerció el derecho de defensa en legal forma, y en definitiva, si la procesada tuvo defensa en juicio".

La efectividad de la defensa no depende de la cantidad de argumentos que presente un defensor, con el fin de liberar al procesado de los cargos; y, la abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro y breve pero sólido de los aspectos favorables del caso.

El cargo no prospera.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el 28 de junio de 1982, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE ARTICULO 136 DEL CODIGO PENAL

Este tipo especial tutela esencialmente el interés jurídico de la administración pública en el concreto aspecto de la planificada ejecución del gasto público, que tiene fundamento constitucional en el artículo 207 de la Carta y de la previa destinación de bienes al cumplimiento de finalidades específicas

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

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 51.

Vistos:

Cumplido el rito procesal pertinente la Sala decidirá sobre la calificación del mérito de este sumario.

Hechos:

En la sesión del 4 de noviembre de 1981 la Junta Directiva del Instituto para el Desarrollo de Caldas "IDECA" decidió a propuesta de su Presidente el entonces Gobernador Carlos Fernando Giraldo Angel, donar a la Gobernación el automóvil Dodge Alpine 1980 de placas HC-0798 perteneciente a aquella Corporación. Posteriormente, el 22 de junio de 1982 en Consejo de Gobierno presidido por el mismo Gobernador de Caldas se dispuso el remate de vehículos viejos al servicio del Departamento; en la lista de carros que luego se elaboró en cumplimiento de tal determinación figuró el automóvil donado por el IDECA; dicho automotor, superados los trámites de rigor, fue rematado por el señor Héctor López y más tarde vendido por éste a un comprador de Bogotá.

Resultandos:

1. En el mes de mayo de 1980 IDECA adquirió de la "Casa Restrepo" un automóvil marca Dodge Alpine, modelo 1980, color azul bruma, por la cantidad de $ 653.312.oo; al vehículo le fueron asignadas las placas HC-0798.

2. El doctor Carlos Fernando Giraldo Angel, quien ya había sido gerente de IDECA, desempeñó el cargo de Gobernador de Caldas entre el 18 de marzo de 1981 y el 30 de agosto de 1982 (fls. 206/7, 221, 356 vto.).

3. En el acta de la sesión del 4 de noviembre de 1981 de la Junta Directiva de IDECA consta que el señor Gobernador propuso la donación del vehículo Dodge Alpine modelo 1980 a la Gobernación de Caldas; la gerente presentó como contrapropuesta que el carro se vendiera; sin embargo, la Junta aprobó la donación (fl. 38 vto., cuaderno 3).

4. Mediante oficio 004 del 18 de febrero de 1982 la gerencia de IDECA solicitó al señor Contralor Departamental dar de baja el citado vehículo en razón de su traspaso a la Gobernación.

5. En el acta correspondiente a la sesión del 22 de junio de 1982 del Consejo de Gobierno Departamental se lee que el Gobernador reclamó por la tardanza en el remate de los carros viejos al servicio del Departamento, lo que debía hacerse conforme lo prevé el artículo 2º de la Ordenanza 10 de 1981; fueron comisionados los secretarios de Gobierno y Obras Públicas para que detallaran la maquinaria y los carros que debían venderse en forma directa (fl. 362).

6. Ninguno de estos dos funcionarios logró explicar la inclusión en la lista de vehículos rematados del automóvil Dodge Alpine donado por IDECA ni la razón por la cual no se le distinguió allí por su placa y figuró como modelo del año 1974 (fls. 148 y 433; 123, 275/6).

7. Los vehículos de la lista fueron avaluados por peritos oficiales; el avalúo del automóvil Dodge Alpine fue de $ 250.000.oo; al preguntársele a dichos peritos por la razón de ese monto, manifestaron que el carro se hallaba en malas condiciones mecánicas y de presentación (fls. 194, 243, 285).

8. Los vehículos fueron rematados en legal forma; en cuanto al Dodge Alpine, el ciudadano Héctor López López ofreció adquirirlo por $ 250.000.oo y por ese valor se le adjudicó; tal adjudicación fue aprobada por Resolución número 5272 del 6 de agosto de 1982 suscrita por el Secretario de Hacienda (fl. 235).

9. En su indagatoria sostiene el doctor Giraldo Angel que en cuanto a la donación del vehículo hizo tal petición para que el IDECA contribuyera a los Fondos Comunales del Departamento conforme al artículo 21 de la Ordenanza 31 de 1972, lo que considera podía hacer en especie; indica que el patrimonio de IDECA y de la gobernación departamental forman parte de la Hacienda Departamental de cuya esfera no salió el carro; afirma que la Junta Directiva de IDECA tenía facultad para tomar esa clase de determinaciones de acuerdo con la ordenanza que la creó. Respecto del remate de este y otros vehículos advierte que él se limitó a obtener su aprobación del Consejo de Gobierno del Departamento y que para nada intervino en los trámites administrativos de la ulterior operación de elaboración de la lista de carros que debían venderse, ni de remate y adjudicación de los mismos (fls. 356/61).

10. En su concepto manifiesta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que el sindicado debe ser llamado a juicio por el delito de peculado por destinación oficial diferente conforme al artículo 136 del actual Código Penal; fundamentó tal criterio en que en su condición de Gobernador Departamental y Presidente de la Junta Directiva del IDECA obtuvo por petición suya que dicha Junta Directiva aceptara donar el automóvil Dodge Alpine de propiedad de tal Corporación al Gobierno Departamental sin que existiese norma alguna que expresamente autorizara esa clase de donaciones; menciona al efecto la Ordenanza 31 de 1972, el Decreto reglamentario 331 de 1973 y la Resolución 885 de 1973; agrega que conforme el artículo 170 del Código Fiscal de Caldas, que ha debido aplicarse por tratarse de institución descentralizada, señala los requisitos que han de cumplirse para la cesión a título gratuito de bienes o elementos inservibles y que en este caso se pretermitieron tales exigencias. En cuanto a la venta pública de aquel vehículo, opina que aunque se cometieron varias irregularidades, al parecer la decisión del Consejo de Gobierno presidido por el sindicado como Gobernador Departamental, se ajustó a lo dispuesto en la Ordenanza número 10 de 1981 y el artículo 160 del Código Fiscal; por eso propone que de tal cargo se le sobresea definitivamente.

11. El señor apoderado del sindicado solicita en su favor sobreseimiento de carácter definitivo; luego de un examen jurídico del delito de peculado por destinación oficial diferente en el que refuta apreciaciones de la Procuraduría, sostiene que el doctor Giraldo Angel no cometió delito alguno porque tenía facultad conforme al artículo 194 de la Constitución Nacional como Jefe de la Administración Departamental, para coordinar las actividades y servicios de los establecimientos departamentales, entre ellos el IDECA, porque el gerente de tal entidad era agente suyo pues él lo nombraba, porque el numeral 8º del artículo 12 de la ordenanza que creó aquella institución le da poder a su Junta Directiva para la celebración de contratos de cualquier índole, porque el vehículo en cuestión no salió del patrimonio del Departamento, y porque la decisión de rematar luego este carro y otros vehículos provino del Consejo de Gobierno Departamental con facultad legítima para ello.

Considerandos:

1. La modalidad de peculado que se le atribuye al exgobernador de Caldas está descrita de la siguiente manera en el artículo 136 del Código Penal: *"El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados..." Conocido con el nombre de peculado por aplicación oficial diferente, este tipo especial tutela esencialmente el interés jurídico de la administración pública en el concreto aspecto de la planificada ejecución del gasto público, que tiene fundamento constitucional en el artículo 207 de la Carta, y de la previa destinación de bienes oficiales al cumplimiento de finalidades específicas; considera el legislador penal, con razón, que tales modificaciones de la cosa pública alteran el lógico*

y ordenado desarrollo de la administración. No sobra destacar que aunque en algunos casos tales decisiones del funcionario con poder de administrar ocasionan detrimento patrimonial al Estado, el hecho no deja de ser punible porque ello no ocurra, pues como ya se advirtió, lo que genera reproche jurídico a esta clase de comportamientos es la lesión que se causa a la planificada administración de los bienes del Estado. Es claro que si aquella diferente destinación se hace en virtud de decisión oficial legítima, el delito no se configura.

2. En el presente caso se acusa al exgobernador Giraldo Angel de haber obtenido la donación de un vehículo al servicio de IDECA con destino a la propia Gobernación, y de haber dispuesto más tarde su venta directa. Se examinará separadamente cada una de estas imputaciones para determinar si le cabe responsabilidad penal.

3. De conformidad con la Ordenanza 31 de noviembre 29 de 1972 por la cual se creó el Instituto para el desarrollo de Caldas "IDECA", trátase de entidad oficial con patrimonio propio constituido por bienes provenientes del Departamento personería jurídica y autonomía administrativa (art. 1º); el instituto está dirigido y administrado por una Junta Directiva y un Gerente (art. 4º), aquella integrada por el Gobernador —quien la preside— por un secretario de la Gobernación, por cuatro diputados y por el Contralor Departamental; en cuanto al Gerente, es nombrado por el Gobernador y actúa como Secretario de la Junta (art. 2º, Ordenanza 97 de 1981); las decisiones de la Junta Directiva se toman con el voto afirmativo de por lo menos tres de sus miembros (art. 9º); entre sus atribuciones figura la de "adquisición, enajenación, gravamen y limitación del derecho de dominio de bienes de toda naturaleza, y celebración de actos y contratos de cualquier índole, cuando ello sea necesario o conveniente para los fines del Instituto" (art. 12, numeral 8).

Pues bien, demostrado está en el proceso que a petición de su Presidente, la Junta Directiva del IDECA en sesión del 4 de noviembre de 1981 aprobó por mayoría reglamentaria ceder a la Gobernación el automóvil Dodge Alpine destinado a la Gerencia de aquella entidad; se trató entonces de una determinación administrativa realizada por el organismo que tenía facultad para ello dentro del giro ordinario de sus atribuciones, como que la cesión de bienes del Instituto queda comprendida en la amplia potestad de "enajenar" y de celebrar actos y contratos de cualquier índole, a que se refiere el numeral 8º del artículo 12 de la Ordenanza 31 de 1972 citada en precedencia. Es este el fundamento legal de aquella decisión, y no el artículo 170 del Código Fiscal de Caldas citado por la Procuraduría, pues que tal disposición se refiere a la cesión gratuita de bienes o elementos *inservibles*, y el automóvil en cuestión pasó de IDECA a la Gobernación no como cosa inútil, sino para que continuase prestando servicio allí, como venía ocurriendo desde hacía algunos meses, y como en efecto sucedió hasta el mes de agosto del año siguiente en que se produjo su venta en remate junto con la de otros automotores.

Aunque el Acta de la Junta Directiva del IDECA donde consta esta cesión nada dice sobre el motivo de la misma, no fue contradicha la afirmación del sindicado en el sentido de que la Gerencia del Instituto ya poseía un nuevo automóvil, cuya adquisición había aprobado la

Junta, mientras que la Gobernación necesitaba vehículos para sus dependencias; por lo demás, IDECA presentó ese año utilidades por más de 48 millones de pesos (fl. 365) y el automóvil, como ya se indicó, continuó al servicio de la administración departamental. Agréguese a esto que el Contralor Departamental —Miembro de la Junta Directiva de IDECA— no solamente no objetó la donación del carro sino que contribuyó con su voto a perfeccionarla, pues la consideró legítima como lo ratifica en declaración rendida en este proceso (fl. 423).

Las consideraciones precedentes llevan a la Sala a concluir que en relación con esta primera imputación habrá de proferirse sobreseimiento de carácter definitivo en favor del procesado.

4. En cuanto a la segunda acusación, tiénese que el artículo 2º de la Ordenanza 10 de 1981 autoriza al Consejo de Gobierno Departamental para decidir la venta con o sin pública subasta de bienes departamentales, muebles o inmuebles, de su propiedad; y eso fue lo que ocurrió en el caso materia de esta investigación: El Consejo de Gobierno a instancias del procesado en su condición de Jefe de la Administración Departamental aprobó la venta mediante remate de vehículos viejos; allí mismo se comisionó a los Secretarios de Gobierno y Obras Públicas "para que en forma rápida detallen la maquinaria y los carros que se deben vender en forma directa" (fl. 214).

De allí en adelante se cumplieron formalmente los trámites fiscales legalmente previstos para esta clase de gestiones hasta culminar con las actas de adjudicación.

Ha de reconocerse, no obstante, que hubo hechos extraños en torno el automóvil Dodge Alpine rematado y que seguramente era el mismo que provenía del IDECA; ellos son: A pesar de ser modelo 1980, se incluyó en la lista de carros viejos que debían rematarse; en ella figuró como modelo 1974; no se lo identificó con su placas, fue avaluado y vendido apenas por la cantidad de $ 250.000.oo; fue adquirido, al parecer, por persona que desempeñaba el cargo de Director de Extensión Cultural del Departamento. Por tales hechos, se adelantó investigación penal separada.

Sin embargo, nada hay que permita en este proceso, vincular al Exgobernador Giraldo Angel a la suerte que corrió dicho automotor; él mismo asevera que su actuación estuvo limitada a la iniciativa de vender maquinaria y automotores en mal estado de funcionamiento y que no intervino en la confección de la lista correspondiente ni en los pasos ulteriores de la tramitación administrativa, aseveración que tiene respaldo en toda la prueba testimonial y documental recaudada.

Frente a esta evidencia probatoria se impone igualmente sobreseimiento definitivo, tal como lo reclama el colaborador fiscal.

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

Sobreseer definitivamente en favor del doctor Carlos Fernando Giraldo Angel por los hechos que fueron materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ALCANCES DEL ARTICULO 437 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

LIBERTAD INMEDIATA DEL INDAGADO POR AUTO DE SUSTANCIACION

Esta apreciación tiene por supuesto obligado que se den las circunstancias indicadas en la mencionada norma, las cuales tienen por esencia advertir que la resolución del funcionario debe tomarse de modo espontáneo, sin estímulos provenientes de las partes que actúan en el proceso, sin tratar de controvertir con estos, o de realizar un estudio de las probanzas, o de definir la procedencia de algunas pruebas o su impertinencia o inadmisibilidad, actividades todas estas que lejos de ajustarse al contenido, modalidades y efectos de un auto de sustanciación, se insertan, más bien, en la providencia interlocutoria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 51 de 7 de junio de 1983.

Vistos:

En escrito dirigido a esta Corporación, fechado el 13 de abril del año en curso, el señor *Mariano Castillo Herrera,* actualmente privado de libertad por orden del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena como presunto partícipe de los delitos de "hurto y falsedad en documentos", acusa a los magistrados *Gustavo Figueroa Martínez, Luis Carriazo Sanpayo* y *Jorge Munier Jaller Cure,* de los delitos de "prevaricato, abuso de autoridad y otros".

Los hechos a los cuales se vinculó al señor Castillo Herrera, consistieron en la sustración dolosa, valiéndose seguramente de documentación falsa, de un buldozer Caterpillar, modelo D. 6. D., 44 A. 1974, importado por el consorcio "Puentes & Pilotajes Bogotá", el cual se encontraba en el Terminal Marítimo de Cartagena, pues había llegado en la motonave "República del Ecuador", bajo el registro 064 de 1981, el 10 de febrero de 1982. La acción que parece ya encontraba otro similar antecedente, se cumplió el 25 de mayo del año últimamente citado.

En la investigación adelantada por el Juzgado 11 de Instrucción Criminal radicado en Cartagena, ese despacho dictó el 1º de diciembre de 1982, un auto de libertad condicional para el señor Humberto Liñán García, respondiendo así una solicitud de su apoderado, el doctor Miguel Yacamán Yidi. El Fiscal Tercero del Circuito, interpuso el recurso de alzada y en virtud de éste el Tribunal, con ponencia del Magistrado Figueroa Martínez (marzo 3 de 1983), realizó un estudio completo de las sumarias y fijó criterio y decisión sobre lo siguiente: Alvaro Flery Hernández: "No cursa en autos pormenor alguno que comprometa el antes mencionado en el ilícito que se investiga"; Carlos Arturo Roa Teherán: "...hasta este momento procesal, tampoco surgen factores de comprometimiento..."; Eligio Batista Cervantes: "... no podría concluirse, al menos procesalmente, que Batista estuviese al tanto de lo que realmente aconteciera"; Mariano Castillo Herrera: "Todos los testimonios de autos señalan a Castillo como la persona que, directamente, cumplió el 'trámite documental' que permitió la salida del buldozer... fue ...quien como presunto agente de aduanas inmutó la verdad para utilizar la documentación perteneciente a la empresa privada Puentes & Pilotajes"; Humberto Liñán García: "Ese conocimiento de cuanto acontecía movió a Liñán a presentarse presurosamente en 'pijama' a la bomba San Fernando para procurar el transbordo del buldózer cuando Flery desaprobó el viaje de su vehículo subrepticiamente contratado con su chofer Carlos Arturo Roa"; José Alberto Murillo Navarro: "La condición de abogado y de auditor de la Aduana en Cartagena, aspectos que este indagado resalta, son los que contribuyen a demostrar su inteligencia y voluntariedad en estos hechos".

Las apreciaciones expuestas en ese extenso auto transcritas en lo más significativo de la conclusión, llevaron al Tribunal a *revocar* el auto apelado y a decretar la "detención precautelar contra Víctor Hernando Fula Torres, Humberto Liñán García, Mariano Castillo Herrera, y el doctor Alberto Murillo Navarro... por los delitos de 'Hurto' y 'Falsedad' aludidos en esta misma providencia".

El acusador afirma que los mencionados magistrados, en proveídos anteriores, han "sostenido que el auto que resuelve la situación jurídica del procesado con libertad, aun en estado de captura es de sustanciación y consecuencialmente inapelable"; que, "de manera protuberante se falta a la verdad procesal" cuando se afirma que el apoderado Yacamán Yidi pidió que la situación de su poderdante fuera definida mediante auto interlocutorio, "como se puede demostrar al revisar todo el expediente inclusive con la lectura del memorial que cita la honorable Sala"; que se hizo mal uso de la Ley 17 de 1975, 3, porque el auto recurrido "sólo definía la situación jurídica de Liñán García y en apariencia la del suscrito (Castillo Herrera). No así ...a Murillo Navarro, al cual se le puso en libertad por auto de cúmplase, ni la del señor Fula Torres, que aún no se había resuelto. No embargante, que el señor Carlos Arturo Roa Teherán tampoco hubiésele definido situación, el honorable Tribunal no entró a estudiar la situación de este procesado"; que, la prueba se recogió por la "policía portuaria" y no por el F-2, careciendo la primera de atribuciones de policía judicial; y, finalmente, que la prueba considerada como tal

no apoyaba decisiones como las tomadas por la Sala de Decisión de la mencionada Corporación judicial".

Consideraciones de la Sala:

El aspecto procesal cuestionado por el denunciante, no deja de ofrecer, en la praxis judicial, opiniones encontradas. Esta controvertibilidad no desaparece del todo así la tendencia más aceptable sea la de considerar que la atribución consagrada en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto ella conduzca a la libertad inmediata del indagatoriado, se ejerce por medio de un auto de sustanciación

Pero esta apreciación tiene por supuesto obligado el que se den las circunstancias indicadas en la mencionada norma, las cuales tienen por esencia advertir que la resolución del funcionario debe tomarse de modo espontáneo, sin estímulos provenientes de las partes que actúan en el proceso, sin tratar de controvertir con éstos o de realizar un estudio de las probanzas, o de definir la procedencia de algunas pruebas o su impertinencia o inadmisibilidad, actividades todas estas que lejos de ajustarse al contenido, modalidades y efectos de un auto de sustanciación, se insertan, más bien, en la providencia interlocutoria, pudiendo confundir al funcionario que la expide, a su superior o a las personas que tienen que ver con el sumario.

Esto último es lo acontecido en el caso sub exámine. *En efecto, el Juez 11 de Instrucción Criminal, en su proveído de 1º de diciembre de 1982, que conviene destacarlo de una vez, exhibe todas las formales características de un auto interlocutorio, empieza por proferirse a una solicitud de "libertad inmediata" formulada por el apoderado de Humberto Liñán García, luego pasa a escrutar el valor probatorio de algunos elementos de convicción y termina por ordenar la libertad condicional de aquél a la vez que ordena la realización de varias diligencias y* rechaza *la práctica de otras.*

En circunstancias tales lo lógico era entender que se trataba de un auto interlocutorio, como así lo entendió el Fiscal Tercero del Circuito, al introducir la apelación, y el propio juez de instrucción al conceder este recurso. El propio Tribunal, en el auto que ha sido motivo para cursar la denuncia, invoca expresamente las facultades consagradas en el artículo 3º de la Ley 17 de 1975 y afirma: "...*Valga resaltar que en el presente caso se resuelve apelación de auto que otorga libertad a uno de los inculpados, auto redactado de forma interlocutoria por haberse proferido en razón de pedimento que hiciera una de las partes en este asunto, doctor Miguel Yacamán Yidi.*

"Ya en providencia de diciembre primero de mil novecientos ochenta y dos (1982) el doctor Munir Jaller, en su condición de ponente y en proceso por abuso de confianza en contra de Carlos E. Monterrosa García, si bien hizo acogida del pronunciamiento de la honorable Corte complementado con apartes de salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez, expresó:

"'...Corresponde, pues *a las partes* estar atentas a la marcha del proceso...' (Subraya esta Sala).

"En proveído del 19 de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983), en proceso contra Enrique Watts y Elías Ramírez, el suscrito ponente transcribió apartes de aquella misma jurisprudencia en cita, pero en lo que alude al referido salvamento de voto del doctor Gómez Velásquez, y en especial, en lo que dicen los siguientes términos:

"'...lo expuesto no quiere decir... que los jueces y funcionarios de instrucción pueden disponer, arbitraria e irremediablemente, la libertad de los sindicados, *Capturados o no*, cuya situación jurídica les corresponda definir...'

"Compaginando el criterio escueto de la transcripción del 19 de enero de 1983 con el sentido de *'partes'* señalado en decisión de este mismo Tribunal el 19 de diciembre de 1982, se concluye que, dentro de tal concepto (partes) están incluidas 'las personas que intervienen en el proceso penal", al tenor de lo señalado en el Libro I, Título III, Capítulos I, II y III del Código de Procedimiento Penal.

"El 29 de noviembre de 1982 el doctor Miguel Yacamán Yidi suscribió memorial para ante el juez instructor de este asunto a fin de que pusiera en libertad a su apadrinado señor Humberto Liñán García. En este escrito el dicho apoderado aludió a otro, con data del 27 de noviembre de 1982 en donde solicitó pruebas que no fueron decretadas ni negadas.

"En un tercer escrito del mismo profesional (30 de noviembre de 1982), pide de nuevo la libertad de su apadrinado, cuestiona la inusitada acuciosidad del instructor en pos de alguno de los inculpados, y en relación a prueba por él pedida expresó: 'Ni siquiera hizo usted amago... de llevar a cabo tal diligencia, cuya omisión acuso'.

"Surge, pues, entendible que el acto funcional que habría de resolver la libertad de Humberto Liñán García debía también referirse, a la prueba señalada por el petente decretándola o negándola, y esta consideración, *per se*, torna en interlocutorio el auto recurrido, no obstante a que en dicho auto sólo se aludió a la libertad del mentado Liñán García.

"De otra parte, no escapa a esta Sala que la motivada petición de Yacamán Yidi en relación a la libertad de su apadrinado, y a prueba en que afianzar favorablemente la situación de éste, *albergaba el contenido de poder recurrir en el supuesto de que la libertad o la prueba pedida fuesen negadas sin que ahora importe el que realmente se hiciera o no uso de los recursos. Y esa oportunidad legal de poder recurrir Yacamán Yidi en torno a los antecitados aspectos, no podríamos negarla al resto de las partes intervinientes en este mismo proceso...*"

En estas condiciones obvio resulta deducir que el comportamiento de los Magistrados acusados tiene que observarse como correcto y ajeno a los delitos que el denunciante ha tratado de imputarlas. Disentir en algunos puntos de vista consignados por los mismos, tanto en la valoración de la prueba como en el alcance de sus facultades legales, no implica estar de acuerdo con una recriminación como la que se comenta y menos, a expensas de ésta, abrir investigación contra ellos.

Lo justo y jurídicamente acertado está en dar aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve *no abrir sumario* contra los Magistrados Gustavo Figueroa Martínez, Luis Carriazo Sampayo y Jorge Munir Jaller Cure, por los hechos denunciados por el señor Mariano Castillo Herrera.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º FACULTADES DEL JUEZ PENAL

No cabe duda que el juez penal de conformidad con el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, está autorizado para resolver cuestiones civiles y administrativas que deben conformar los elementos tipificantes de la infracción, siempre y cuando no haya, al tiempo de cometerse el delito, juicio pendiente sobre ellos

2º CONTRATO DE COMPRAVENTA. VICIOS

Si el consentimiento del vendedor se generó por error (art. 1508 del C. C.), si no tiene causa lícita (art. 1524 del C. C.), resulta lógico concluir que constituye un acto jurídico ineficaz o totalmente nulo (art. 1741 del C. C.)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 52.

Vistos:

Desata la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra la sentencia del 25 de marzo de 1982 de esa Corporación que reformó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de esa capital el 15 de enero de 1982 en el sentido de absolver al procesado *Héctor Elías Bedoya Jaramillo* sólo por el delito de falsedad por uso de documentos privados y confirmó en todo lo demás, esto es, la orden de entrega de un Renault 4 al señor Héctor Javier Ríos y las demás condenaciones por falsedad en documentos públicos y estafa.

Hechos:

Se encuentran sintetizados de la siguiente manera:

"...El proceso tuvo su origen en la denuncia formulada por el doctor Omar Cáceres, ante el señor Juez Superior (Reparto) de

Tuluá V., por el delito de falsedad en documentos, contra Héctor Elías Bedoya Jaramillo, por permuta que le hizo de su vehículo marca Renault 4, modelo 1974, color rojo, tipo sedan, de servicio particular, con capacidad de cinco pasajeros, motor número 483143, chasís 5266317, placas número NP-1994, y la suma de $ 160.000.oo, a cambio de una camioneta Renault 12, color azul, motor número 022530538, la cual resultó ser gemela con la de propiedad de la señora María Mercedes de Suárez quien tenía en orden su documentación.

"Afirmó entonces el denunciante que los documentos que le mostró y entregó el citado Bedoya Jaramillo, son falsos, y agregó una fotocopia del documento de solicitud de traspaso de la camioneta, firmada por la señora María Mercedes López de Suárez, como propietaria del vehículo; documento, en fotocopia, de permuta (fl. 8) elaborado entre Héctor Elías Bedoya Jaramillo y Omar Cáceres, en el que se hace constar la obligación anotada en la denuncia; y documento de 'venta' de la camioneta mencionada, en el que se dice que la señora María Mercedes López de Suárez se la ha enajenado a Héctor Elías Bedoya Jaramillo (fl. 9).

"Más adelante aparece, a folio 22, en fotocopia, un documento de compraventa entre los señores Héctor Elías Bedoya Jaramillo y Héctor Javier Ríos Murillo, en el que se dice que el primero vende al segundo el vehículo Renault 4, que había sido permutado con el denunciante Cáceres. Y a folio 23, también en fotocopia, un documento de compraventa del mismo automotor, firmado entre los señores Cáceres y Ríos Murillo, documento este último que dice Ríos Murillo fue hecho para evitar un segundo traspaso, es decir, para que se hiciera en forma directa a él, ante la negociación con el señor Bedoya Jaramillo (fls. 25 a 27), fotocopia que aparece repetida a folio 99.

"Igualmente, entre folios 84 a 89, se allegó la documentación del verdadero vehículo de propiedad de la señora María Mercedes Lamus de Suárez, y que se refiere a una camioneta Renault 12, Break, referencia 1330-1977, motor 022530538, chasís 7577198, color azul, de cuatro puertas y con capacidad para seis pasajeros..."

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.), se propone la violación indirecta de la ley sustancial (arts. 18, 19 y 725 del C. de P. P.) por error de derecho en la estimación probatoria de un documento privado, falso juicio que condujo al fallador a inobservar los artículos citados.

El documento atacado por el Fiscal recurrente es el de compraventa que suscribieron Omar Cáceres y Héctor Javier Ríos, el primero como propietario inscrito del automóvil y el segundo como comprador del mismo a quien resultó condenado Héctor Elías Bedoya Jaramillo.

Al respecto el censor expresa:

"...De tal manera que el acto a que se hace referencia, convenido entre los señores Bedoya Jaramillo (condenado), y el señor Ríos,

comprador del vehículo Renault 4, color rojo, modelo 1974, de placas NP-1994, acto jurídico ratificado con el documento que equivocadamente apreció el honorable Tribunal Superior (fl. 99 del cuaderno principal), al darle validez, firmado por el ofendido y el mismo señor Ríos, es un acto nulo, de nulidad absoluta, por ser el objeto ilícito según el artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1518 y 1519 de la misma obra.

"Por lo tanto, el honorable Tribunal no tenía porqué otorgarle el alcance probatorio que señala el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil a los documentos privados, puesto que el acto que él contiene es nulo, de nulidad absoluta, y así el documento en referencia, que corre a folio 99 del cuaderno principal, no debió aceptarse para efectos de resolver sobre la entrega de Renault 4, y que trajo como consecuencia que se admitiera al señor Ríos como la persona que debía continuar en poder del vehículo, por ser 'quien lo detectaba al momento del decomiso penal' decisión comprendida en la sentencia impugnada. Mas sin embargo, lo legal debió ser desechar el documento suscrito por los señores Cáceres y Ríos por estar viciado de nulidad absoluta ese acto jurídico allí representado, y como ya el mismo juzgador había admitido la autoría y responsabilidad penal en el delito de estafa, en cabeza de Bedoya Jaramillo, por la permuta que celebró con el ofendido, y que dio lugar a que entregara el vehículo materia de la controversia a su estafador, no quedaba duda que el legítimo propietario de ese automotor es el señor Omar Cáceres, y así debió resolverse en la sentencia, en su parte resolutiva, para ordenar la entrega del mismo al doctor Cáceres, pero no se hizo, porque se admitió como prueba válida el documento nulo anotado, suscrito por el denunciante y el señor Ríos, apreciación errónea de tal prueba que condujo a la violación indirecta de la ley sustantiva, porque al otorgarle valor a ese documento se estaba reconociendo que el señor Héctor Javier Ríos había adquirido el automotor en legal forma, y con ello se dejó de aplicar el artículo 728 del Código de Procedimiento Penal, que otorga derecho al dueño de las cosas a solicitar la entrega, y ya se ha visto que Cáceres demostró que las certificaciones de la Inspección de Circulación y Tránsito de Tuluá, de folios 61 y 91 del cuaderno principal, que es el propietario del automóvil Renault 4 de placas NP-1994, puesto que se trata de documentos públicos, y por consiguiente son auténticos, conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, y por su contenido, son plena prueba de la titularidad del vehículo en cabeza del doctor Omar Cáceres, valor probatorio que le asigna el artículo 264 del mismo procedimiento civil..."

Al coadyuvar la impugnación el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, precisa:

"...Es verdad procesal inconcusa, la simulación del contrato de venta del vehículo hecha por Cáceres a Ríos, en virtud de las exigencias de éste y las maniobras engañosas desplegadas por el estafador Bedoya Jaramillo, puesto que aquél no podía enajenarlo válidamente por haberse desprendido de su posesión y dominio mediante permuta realizada con Bedoya y porque el precio allí estipulado no fue cancelado por el presunto comprador (fl. 25 vto. del expediente).

"También lo es, que el documento en cuestión, si bien fue reconocido en su firma por el presunto vendedor en diligencia extraprocesal cumplida ante el Juez Tercero Civil Municipal de Tuluá, su contenido fue desconocido por él (art. 275 del C. de P. C.) alegando haber sido elaborado para 'llenar un requisito' (fls. 100 a 102 *ibídem*).

"Además, el juzgador pasó por alto la existencia de dos contratos de venta sobre el mismo vehículo (fls. 22 y 99), en los que el señor Ríos Murillo aparece comprándolo al procesado Bedoya Jaramillo y al doctor Omar Cáceres.

"No probada, pues, la autenticidad del documento privado dentro del proceso penal, el sentenciador no podía asignarle el valor probatorio concluyente que le fijó para tomar la decisión impugnada, con lo que, igualmente, infringió el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal..."

De conformidad con estos argumentos se solicita la casación de la sentencia para que se ordene entregar el vehículo a Omar Cáceres, su verdadero propietario.

La Corte considera:

Invoca el casacionista una sola causal y bajo su imperio formula un solo cargo. La causal aducida es la primera de casación, cuerpo segundo (art. 580-1, inciso 2º del C. de P. P.), y el cargo concreto es el de violación de la ley sustancial, por falta de aplicación, por modo indirecto, debido a un error de derecho en la estimación de un contrato de compraventa de un automotor celebrado en el decurso de los delitos de falsedad y estafa de que da cuenta este proceso.

Se pretende por esta vía la casación parcial de la sentencia del Tribunal en cuanto ordenó la entrega del vehículo a que se refiere el aludido contrato al comprador Héctor Javier Ríos Murillo a fin de que se disponga su entrega al vendedor, quien hasta el momento aparece como propietario en las oficinas de Circulación y Tránsito de Tuluá.

Lógicamente el actor y su coadyuvante dan por bien fundada la condenación de Héctor Elías Bedoya Jaramillo por los delitos mencionados, pero discrepan de la estimación probatoria del juzgador para ordenar la entrega del automóvil a Héctor Javier Ríos Murillo.

Para desatar esta pretensión es necesario anotar:

No cabe duda que el juez penal, de conformidad con el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, está autorizado para resolver cuestiones civiles y administrativas que deban conformar los elementos tipificantes de la infracción, siempre y cuando no haya, al tiempo de cometerse el delito, juicio pendiente sobre ellos. Del mismo modo se encuentra facultado para definir derechos de naturaleza civil o administrativa cuando le corresponde entregar cosas aprehendidas y secuestradas que no interesan a los fines del proceso, en desarrollo de los artículos 349 y 728 del mencionado código.

En perfecta armonía con la facultad del juez penal para decidir asuntos civiles o administrativos, el artículo 19 del mismo estatuto le impone el deber de calificar las pruebas "...de acuerdo con el valor que les atribuye la legislación civil..."

El juzgado de primera instancia, que lo fue el Juzgado Cuarto Superior de Cali, ordenó en sentencia la entrega del vehículo con los siguientes argumentos:

"...considera el Despacho que si bien el Renault 4 dado por Omar Cáceres, en permuta al procesado Héctor Elías Bedoya Jaramillo no podía éste adquirir la propiedad y menos transferirla, no es menos cierto que al ofrecerlo en venta, Bedoya Jaramillo, a Héctor Ríos, éste no procedió a hacer negociación hasta tanto no percatarse de la buena procedencia del automotor y fue así como poniéndose en contacto con Omar Cáceres, éste consintió en la transacción, hasta el punto de entrar a legalizar el traspaso con Cáceres y en ningún momento con el procesado Bedoya Jaramillo, ya que la tarjeta de propiedad fue entregada en la casa de Ríos a éste por Cáceres y como si lo anterior fuese poco, tenemos que entre estos dos se suscribió un contrato de compraventa del aludido automóvil, lo cual indica que si bien es cierto, se repite que Bedoya Jaramillo, no podía transferir la propiedad, ésta fue ratificada por su real propietario y en ningún momento ha tachado de falso su contenido y por el contrario reconoce su firma ante el Juzgado 3º Civil Municipal de Tuluá.

"Otra cuestión es que el vendedor Cáceres quiera a raíz de la estafa de que fue víctima por parte del procesado Héctor Elías Bedoya Jaramillo, condicionar la venta, a no querer sufrir la lesión patrimonial que aquella acarrea.

"Lo anterior que lleva a concluir, que Héctor Javier Ríos obró con la prudencia que exige nuestra ley civil para administrar sus negocios. No hubo negociación hasta tanto no se cercioró de la procedencia del vehículo, toda vez que se entrevistó con el propietario doctor Cáceres y éste aceptó la transacción que se proponían Ríos y Bedoya..."

Por su parte el Tribunal Superior en la sentencia que es objeto de censura, confirmó la determinación del juzgado siguiendo los razonamientos expuestos en el salvamento de voto de uno de los magistrados cuando se hizo la calificación de este sumario que en lo sustancial expresaba:

"...si Bedoya Jaramillo hubiese vendido el automóvil a Héctor Javier Ríos, y éste último, sin exigir los documentos en regla, aceptara el negocio, las consecuencias tenía que sufrirlas Héctor Javier Ríos. Pero como este último, le pidió a Héctor Elías Bedoya Jaramillo que le pusiera los papeles en regla, y en ese propósito, le inquirió por el verdadero dueño, en ese momento del automotor, sabedor o conocedor de que el propietario era el doctor Omar Cáceres, obtuvo le ratificara la negociación, y no sólo obtuvo la ratificación, el traspaso directo, por parte de Omar Cáceres, con lo cual asumió directa y per-

sonalmente toda responsabilidad en esa segunda negociación, el citado Cáceres, y quedaba libre de todo perjuicio posterior el señor Héctor Javier Ríos..."

Luego, proseguía:

"...Hay una persona estafada, en principio, según lo acreditado que es el señor Omar Cáceres, precisamente por la precipitud con que obró en defensa de sus intereses, circunstancia no pregonable en cuanto a Héctor Javier Ríos, el doctor Omar Cáceres creyó en la veracidad y autenticidad de los documentos. En este error no incurrió el señor Héctor Javier Ríos por ello no es justo que a éste último se le castigue quitándole el vehículo, lo que adquirió de buena fe y justo título..."

Y, el Tribunal de su propia cosecha agrega:

"...Lo cierto es que al momento de su decomiso el automóvil Renault, éste se encontraba en poder de Héctor Javier Ríos. También es cierto que el doctor Omar Cáceres aparece signando contrato de compraventa con Ríos, el que en ningún momento fue tachado de falso, lo es también que no es a la justicia penal a quien corresponde decidir acerca de la validez o no del contrato, por lo tanto, atendiendo las voces del artículo 349 del Código Penal, el carro debe seguir en poder de quien lo detentaba al momento del decomiso penal, pues es a la justicia ordinaria a quien corresponde dilucidar la propiedad..."

Como puede verse nadie pone en tela de juicio que Héctor Elías Bedoya Jaramillo permutó con Omar Cáceres el carro Renault 4 de propiedad de éste por una camioneta Renault 12, estafándolo y haciendo uso de documentos falsos; tampoco se pone en duda que Cáceres a instancias de Bedoya Jaramillo suscribió documento de venta del Renault 4 a Héctor Javier Ríos. El problema que se suscita por el demandante es el de la calificación de este último contrato en lo que hace referencia a su validez para de allí deducir si el sentenciador se equivocó en su apreciación probatoria y, si igualmente erró al ordenar la entrega del vehículo a Héctor Javier Ríos.

En apariencia el cuestionado contrato de compraventa no presenta en su forma ninguna irregularidad. Se trata de un contrato consensual que, aisladamente considerado, ostenta todos los elementos típicos externos exigidos por la ley para su validez. Sin embargo, dentro del contexto del hecho punible objeto de esta investigación y fallo, asume caracteres degradantes que fatalmente lo invalidan de manera absoluta. Tómese como fallido el consentimiento del vendedor por error (art. 1508 del C. C.) al haber convenido en la venta cuando aún permanecía engañado por Bedoya Jaramillo, o tómese como contrato sin causa lícita (art. 1524 del C. C.), pues fue corolario de un delito, resulta lógico concluir que constituye un acto jurídico ineficaz o totalmente nulo (art. 1741 del C. C.).

No se requiere de profundas disquisiciones para entender que el delito no puede generar un consentimiento sano, exento de error, ni ser causa lícita de un acto o contrato cualquiera. En efecto, si aquí el

vendedor o el comprador hubieran tenido pleno conocimiento de la realidad, no habrían contratado.

Si los falladores de las instancias le dieron a ese contrato el valor probatorio que el artículo 279 del Código Civil le asigna como documento privado sin percatarse de su invalidez absoluta, cayeron en error de derecho en la apreciación probatoria, por falso juicio de legalidad que los condujo de manera indirecta a violar la ley sustancial, al no ordenar la entrega del automotor a favor de quien continuaba siendo su legítimo dueño.

El cargo prospera.

En consecuencia, se casará parcialmente el fallo impugnado para ordenar que el carro Renault 4 cuyas características y señales de identificación obran en autos, sea restituido de manera definitiva a Omar Cáceres, previas las formalidades de ley (art. 729 del C. de P. P.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia impugnada en la forma y términos puntualizados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE REVISION

Ataca la seguridad y garantía de la cosa juzgada

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 52.

Vistos:

Resuelve la Corte sobre la admisión del recurso extraordinario de revisión que interpone el sentenciado Argemiro Alegría Molano, por medio de apoderado.

Hechos:

Por el delito de lesiones personales cometido en Pedro Antonio Ruiz, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bolívar (Cauca), en sentencia del 9 de noviembre de 1982, impuso a Argemiro Alegría Molano nueve meses de prisión, así como las accesorias correspondientes, confirmando por tal manera, con algunas modificaciones, la de primera instancia, dictada en septiembre 23 de ese año por el Segundo Promiscuo Municipal de la misma población.

Se pretende la revisión de aquella causa al amparo de la causal 5ª del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal. Con esta finalidad se argumenta:

"...revísese la causa suplicada en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Bolívar (Cauca), por demostrar con las nueve fotografías que acompaño como medida previa ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Bolívar (Cauca), que la desfiguración facial ha desaparecido y por consiguiente mi patrocinado es inocente de los cargos que se le formularon ya que su conducta pública no constituía un delito sino una contravención.

"Los médicos forenses del Cauca afirman haber reconocido a Pedro A. Ruiz y haberle observado una cicatriz en la región occipital izquierda, otra en la frente y una última en la región nasal, fijándole una incapacidad de 15 días y como consecuencia definitiva la desfiguración física de carácter permanente que afecta el rostro..."

"Fundo como hecho nuevo la circunstancia procesal de que Pedro A. Ruiz no presenta deformidad física de carácter permanente que le

afecte el rostro y que no se observa a simple vista cicatriz en la región occipital izquierda ni en la frente ni en la región nasal y que por ende la conducta punible de mi patrocinado no es la violación a una norma penal sino una contravención de carácter policivo.

"Presento con esta demanda ...las nueve fotografías tendientes a demostrar la verdad de mis aseveraciones".

Por reparto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de aquel municipio, hizo tomar las fotografías que acompañan el texto de la demanda, tomadas a Pedro Antonio Ruiz, y en aquella diligencia por el Fiscal Superior de esa ciudad y por el Personero Municipal de la misma, respectivamente, se consignó:

"Que habiendo revisado el rostro de Pedro Antonio Ruiz se pudo constatar que en la frente le aparecen las señas que al parecer son de tres puntos de una antigua lesión, visible a simple vista".

"Se puede certificar que el ofendido tiene una cicatriz ...vertical visible en la frente".

Y el juzgado, anotó:

"El juzgado deja constancia que estuvo presente en todas y cada una de las diligencias aquí practicadas y que se ajustan a la realidad".

Consideraciones de la Corte:

1. *Por medio del recurso extraordinario de revisión se pretende la remoción de una sentencia condenatoria en firme, que se estima injusta por haberse fundamentado en un error de hecho acerca de la forma como en la realidad histórica ocurrieron los hechos que la motivaron. Ataca la seguridad y garantía de la cosa juzgada.*

2. *De la naturaleza de sus fines, de la seriedad en su formulación se desprende que la demanda debe estar acompañada de pruebas idóneas de las cuales pueda deducirse, razonablemente, su justificación. Un comportamiento contrario tornaría este recurso en medio expedito para poner en tela de juicio todas las sentencias, introduciendo la desconfianza de la* res iudicata *sin motivo racional alguno.*

3. En el caso que ocupa la atención de la Sala, el escrito dirigido al "Magistrado Presidente de la Sala Civil y demás miembros de la Corte Suprema de Justicia", está acompañado de las copias de las sentencias de primero y segundo grados, de la constancia de haber hecho tránsito a cosa juzgada y de nueve fotografías del lesionado Pedro A. Ruiz, tomadas en diligencia extrajuicio para respaldar los fundamentos de la demanda.

4. Por medio de apoderado solicita el sentenciado la revisión de la causa, no porque se considere inocente, sino porque aún siendo responsable del hecho que originó el fallo, lo es por contravención y no por delito de lesiones personales, desprendiéndose, según su propia forma de razonar que la competencia para el juzgamiento radica, *ahora*, en las autoridades de policía. No discute la legalidad del proceso para el tiempo en que fue condenado. Impreca la revisión del

proceso porque luego de haberse ejecutoriado la sentencia condenatoria, el hecho sobre el cual se sustentó, según el apoderado, ha sufrido mutaciones que le darían la competencia a otra autoridad. Sin embargo la prueba presentada (fotografías) es evidente que no demuestra su pretensión, todo lo contrario, los funcionarios que intervinieron en la diligencia dan fe de la existencia de la lesión en los términos en que se dictó sentencia.

5. Como consecuencia de lo anterior habrá de declararse inadmisible la demanda por carecer ésta de fundamento.

Las consideraciones precedentes son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *inadmita* la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado Argemiro Alegría Molano.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

Delito contra la propiedad: Antigua legislación
Creación total o parcial de un documento: Atentado contra la fe pública

Codificación actual

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 53.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó la sentencia del 28 de septiembre de 1982 que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, en virtud de la cual condenó a *Jorge Barrios Barrios* a la pena principal de un año de prisión, por el delito de falsedad en documento privado.

Contra esta sentencia interpuso el señor defensor del procesado el recurso extraordinario de casación, el que en su oportunidad fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda de casación que se estimó ajustada a las formalidades previstas en la ley y oído el concepto del Ministerio Público, se procede a resolver.

Hechos:

El doctor Alirio Barrios y doña María Cristina Contreras accedieron a firmar una letra en blanco, en calidad de fiadores, para respaldar un préstamo que por suma no superior a $ 20.000.oo haría Jorge Barrios Barrios a la señorita María del Carmen Martínez. El préstamo no se hizo pero Barrios conservó la letra con el compromiso de que la devolvería cuando la señorita Martínez cumpliera con algunas obligaciones contraídas anteriormente. No obstante, dicha letra fue presentada posteriormente para su cobro ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, una vez que había sido llenada por la suma de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.oo). Los hechos ocurrieron en esta ciudad a mediados del año de 1975.

Actuación procesal:

En atención a los hechos anteriormente relacionados y luego de la práctica de diligencias preliminares, el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Bogotá, dictó auto cabeza de proceso el 7 de abril de 1976.

Dentro de la etapa investigativa fueron vinculados al sumario Jorge Barrios Barrios y María del Carmen Martínez, el primero mediante indagatoria, la segunda por medio de emplazamiento y declaratoria de reo ausente.

El 25 de abril de 1977 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá dictó el auto que dispuso el cierre de la investigación. Ese mismo juzgado, con fecha 2 de julio de 1977 calificó el mérito del sumario con un sobreseimiento temporal para los dos sindicados.

Nuevamente fue cerrada la investigación el 20 de febrero de 1978 y el 31 de julio del mismo año el juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal a Jorge Barrios Barrios por la conducta delictiva prevista en el artículo 415 del Código Penal de 1936. María del Carmen Martínez fue sobreseída en forma temporal.

Al conocer de la apelación del auto calificatorio el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 26 de enero de 1979 declaró la nulidad de la actuación por cuanto estimó que se había cometido un delito de falsedad y no un atentado contra el patrimonio.

El Juzgado Cuarto Superior cerró la investigación el 24 de marzo de 1979. Ese mismo juzgado calificó el sumario de 12 de junio de 1979 al disponer el enjuiciamiento de Jorge Barrios Barrios por los delitos de falsedad y estafa. Dispuso, además, el sobreseimiento temporal de María del Carmen Martínez.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el llamamiento a juicio proferido contra Barrios por el delito de falsedad y lo revocó en cuanto al delito de estafa. Revocó así mismo el sobreseimiento temporal dictado en relación con María del Carmen Martínez y la sobreseyó definitivamente.

Tramitada la causa se verificó la diligencia de audiencia pública el 22 de mayo de 1981. El Juzgado Cuarto Superior de Bogotá dictó el 29 de mayo de 1981 la sentencia de primera instancia.

Declarada nula la sentencia del *a quo* en decisión del Tribunal el 16 de diciembre de 1981, finalmente al juzgado del conocimiento dictó la sentencia del 15 de mayo de 1982 que puso fin a la primera instancia. En ella impuso al procesado Barrios Barrios la pena de un año de prisión y las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de falsedad en documento privado previsto en el artículo 221 del vigente Código Penal.

El Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de septiembre de 1982 confirmó la sentencia condenatoria y concedió al procesado la condena de ejecución condicional que había sido negada por el funcionario de instancia.

La demanda de casación:

El defensor del condenado estima que la sentencia que puso fin al proceso se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad. Propone, en consecuencia, la causal cuarta de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el impugnante que como los hechos que se atribuyen a su poderdante ocurrieron dentro de la vigencia del Código Penal de 1936, la norma para entonces aplicable era el artículo 415 del Código Penal, "...sin que valgan lucubraciones o interpretaciones acomodaticias para ver de enclavar el reato dentro del artículo 231 de aquel estatuto y ahora dentro del 221 del nuevo Código Penal".

De manera que siendo el artículo 415 del derogado Código Penal la norma preexistente al hecho imputado, y por tanto, la disposición llamada a resolver el caso, la aplicación retroactiva del artículo 221 del nuevo ordenamiento supuso el desconocimiento de la garantía constitucional, a más de que llevó al Tribunal a desconocer las normas sobre competencia funcional, pues siendo el delito cometido por su representado un atentado contra el patrimonio económico, no podía ser juzgado por un Juez Superior.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que sean desestimadas las pretensiones del recurrente porque estima que aun cuando éste manifiesta que se incurrió en errada calificación del proceso, no hizo la debida demostración del cargo.

Anota que no es pertinente alegar la nulidad a partir del auto del cierre de la investigación, pues el juzgado del conocimiento se limitó a cumplir con las indicaciones del Tribunal que ya había estimado que el procesado había incurrido en un delito de falsedad. Ahora bien: "Calificado como falsedad en título-valor equiparado a documento privado, la conducta realizada por Jorge Barrios tipificada en los artículos 231-6 y 233 del Código Penal de 1936, y trasladada en su integridad la figura al artículo 221 del Código Penal de 1980 como protectora del mismo bien jurídico aunque con penalidad inferior, ninguna modificación perjudicial para el encartado se presentó con el cambio de legislación. Lo que descarta —vista la adecuación típica de la conducta en el auto de proceder—, la alegada aplicación indebida de cualquier norma, el desconocimiento del debido proceso y la negación del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley".

Consideraciones de la Corte:

No hay en el presente caso discusión sobre los hechos pues el propio recurrente acepta que a su poderdante le fue entregado un formato de letra de cambio debidamente firmado para que lo llenara por una cantidad que no excedería de $ 20.000.oo, pero que finalmente llenó por la suma de $ 180.000.oo.

Aceptado que los hechos ocurrieron en la forma indicada, alega el impugnante que la calificación jurídica que les dio el Tribunal fue equivocada, pues ocurridos durante la vigencia del Código Penal de 1936, era aplicable el artículo 415 de aquel ordenamiento y en manera alguna las disposiciones que regulan el delito de falsedad, por lo que la sentencia que puso fin al proceso se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad.

A juicio de la Sala le asiste razón al recurrente, pues si como se indicó, los hechos ocurrieron dentro de la vigencia del Código Penal de 1936, la norma entonces aplicable era el artículo 415 de ese ordenamiento, ubicada bajo la genérica denominación de "abuso de confianza y otras defraudaciones", por lo que se incurrió en nulidad por error relativo a la denominación jurídica del hecho, que a su vez llevó a que el juzgamiento se hiciera por funcionario incompetente.

En verdad que resultaba criticable que la codificación anterior hubiera consagrado una disposición específica para tipificar el abuso de firma en blanco, pues en estricto sentido el comportamiento de quien crea total o parcialmente un documento llamado a producir efectos jurídicos representa un atentado contra la fe pública, y, por ende, criticable no sólo la consagración expresa, sino su ubicación dentro de los delitos contra la propiedad.

No obstante, ante la existencia de una norma especial que recogía en su integridad el comportamiento imputado al procesado, su aplicación era imperativa. En efecto, de no existir el artículo 416 del Código Penal de 1936, habría sido aplicable el artículo 233, en concordancia con el 231 del mismo ordenamiento, pero si bien es cierto que aquella disposición consagraba un comportamiento que habría podido ser sancionado con la aplicación de las disposiciones últimamente citadas, su carácter de norma especial le daba aplicación preferente al artículo 415 para sancionar el abuso de firma en blanco.

La especialidad de esta disposición resulta de varios hechos. En primer lugar la hoja firmada en blanco ha debido llegar a poder del sujeto en forma legítima; en segundo lugar la entrega ha debido hacerse con carácter fiduciario, esto es, entregada para elaborar o completar su tenor de acuerdo con las instrucciones acordadas y, finalmente que tal confianza hubiera sido traicionada al escribir en ella cosas diferentes a las convenidas, capaces de producir efectos jurídicos. A más de esto y atendida la ubicación de este tipo en el Código Penal derogada con tal conducta debía lesionarse o ponerse en peligro el bien jurídico de la propiedad.

En la providencia que es objeto del recurso y en las demás providencias del Tribunal que le dieron origen se afirma que el artículo 415 del Código Penal de 1936 no era aplicable cuando se completaba un título cuyo tenor estaba parcialmente impreso, bajo la consideración de que en este caso no se estaba frente a una hoja firmada en blanco, sino ante un verdadero documento.

Este planteamiento parte de la equivocada apreciación de algunas de las disposiciones del Código de Comercio. El artículo 619 de este estatuto señala que tienen el carácter de títulos-valores los documentos

necesarios para legitimar el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, de donde se deduce que no pueden tener este carácter ni las hojas firmadas en blanco ni los formularios preimpresos no completados en su texto, cuando en ellas no se ha incorporado una obligación cierta y clara, esto es, el derecho literal y autónomo en dichos títulos representado, tal como lo prescribe el artículo 621 del mismo ordenamiento. Además de acuerdo con lo que dispone el artículo 671 ibídem *toda letra debe contener la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.*

Replícase que el artículo 622 del Código de Comercio faculta al tenedor legítimo para llenar los espacios en blanco, no obstante, es esta misma disposición la que ordena que tales espacios deberán ser llenados "conforme a las instrucciones del suscriptor". Así mismo señala que una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo, pero que para hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse "...deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello".

Por manera que lo que normalmente podía ser considerado como un atentado contra la genuinidad de los documentos, se llevó por el legislador de 1936 a los delitos contra la propiedad, pero sólo en la medida en que el autor del ilícito hubiera recibido la hoja firmada en blanco con un carácter fiduciario y para ser llenada, total o parcialmente de acuerdo con las instrucciones y esta confianza se traicionaba al redactar el documento con un tenor diverso del convenido. En los demás casos se estaba en presencia de una falsedad.

Por hoja firmada en blanco no solamente se entiende la que carece por completo de tenor, sino también aquellas que, parcialmente impresas, tienen espacios en blanco para ser llenados, como ocurre con los formatos de cheques, de letras de cambio o ciertos formularios para la elaboración de algunas clases de contratos.

De manera que como en el caso que ahora se estudia el formato de letra de cambio debidamente firmado por quienes se iban a obligar, se entregó fiduciariamente a una persona que lo llenó posteriormente en contra de las instrucciones que se le habían dado, resultaba imperativa la aplicación del artículo 415 de la derogada legislación.

En la vigente codificación el comportamiento a que se ha hecho referencia representaría un atentado contra la fe pública, pero para la época de su realización estaba regulado como un delito contra la propiedad, en disposición que por ser más favorable sigue regulando el caso, de manera que efectivamente se incurrió en nulidad al momento de calificarse el mérito del sumario, por error relativo a la denominación jurídica del hecho y por incompetencia del juez que adelantó el juzgamiento, pues los delitos contra la propiedad no son de conocimiento de los jueces superiores.

Lo anterior llevará a la Sala a decretar la nulidad de la actuación a partir del auto dictado por el Juez Superior y que declaró cerrada la investigación. Ahora bien, como consecuencia de esta determinación es pertinente declarar que la acción penal se halla prescrita, pues desde el momento de la realización del hecho ha transcurrido un

término superior a los cinco años en que se extingue la acción penal por la infracción prevista en el artículo 415 del Código Penal de 1936.

Por 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,

Resuelve:

1º Casar la sentencia recurrida. En consecuencia se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha marzo 24 de 1979, inclusive, por medio del cual el Juzgado Cuarto Superior declaró cerrada la investigación.

2º Declara que la acción penal se halla prescrita. Se ordena por lo tanto, la cesación de todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EXTRADICION

SOLICITUD DE PRACTICA DE PRUEBAS

Los jueces colombianos no pueden rechazar la atendibilidad, legalidad y procedencia de las pruebas practicadas dentro del procedimiento judicial norteamericano, al margen de las normas legales que lo rigen en ese país, para en su lugar, hacerlo de acuerdo con nuestras propias disposiciones procesales, concretamente, en tratándose de la prueba testimonial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 53.

Vistos:

El señor apoderado especial del detenido *Emiro de Jesús Mejía Romero,* cuya extradición ha pedido a nuestro Gobierno el de los Estados Unidos de América mediante nota verbal número 200 de 7 de abril de este año, ha presentado a la Corte escrito en el que, además de las consideraciones jurídicas con apoyo en las cuales estima que la Corporación debe emitir concepto desfavorable sobre la extradición de su poderdante, solicita que se decrete la práctica de varias pruebas y diligencias, que se indican a continuación y respecto de cuya procedencia pasa a ocuparse la Sala.

Con ese objeto, *se considera:*

1. *Con el propósito de acreditar que la única prueba de cargo aducida en Norteamérica contra su cliente, el testimonio rendido por el señor Roberto Darias, "no ofrece serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio", el peticionario acompaña "fotocopias en idioma inglés de documentos en los cuales consta el pasado judicial (de ese testigo)", cuya traducción pide que se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores y, con el mismo propósito, que se oficie a éste para que por la vía diplomática solicite "informe o certificación sobre antecedentes judiciales de Roberto Darias a la Corte del Circuito Undécimo Judicial de Florida, del Condado Dade, Estado de Florida y a los jueces John I. Gordon y J. W. Kehohe".*

Pretende de este modo el memorialista que los jueces colombianos estudien y admitan o rechacen, la atendibilidad, legalidad y procedencia de las pruebas practicadas dentro del procedimiento judicial norteamericano, al margen de las normas legales que lo rigen en ese país, para, en su lugar, hacerlo de acuerdo con nuestras propias disposiciones procesales, concretamente, en tratándose de la prueba testimonial, de conformidad con el Capítulo IV del Título 5º del Libro 1º del Código de Procedimiento Penal Colombiano (arts. 236 a 260), intromisión de los jueces de un país en el fundamento de las determinaciones adoptadas por los del otro, que los Gobiernos de Norteamérica y de Colombia no han acordado concederse y que, en todo caso, tampoco podrían negociar sin violar su soberanía e independencia nacionales y sin quebrantar, además, toda la estructura del Estado y la integridad de sus organizaciones políticas internas, materias absolutamente inajenables.

Lo que establece el Tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América es la equivalencia entre el auto de proceder de nuestra legislación y una medida que tenga igual valor procesal en la de la otra nación, esto es, que luego de una investigación previa adelantada por los funcionarios de cada país a los que se confiere esa facultad, se pruebe la existencia de uno o más delitos y se acuse a persona determinada de ser autora o partícipe de su comisión, sin que, en ningún caso, se establezca equivalencia entre las pruebas requeridas por las legislaciones de ambos Estados para fundar la imputación.

La prueba es, por tanto, improcedente.

2. Con el objeto de probar la existencia de irregularidades en la documentación presentada al Gobierno de Colombia por el de Estados Unidos de América, el peticionario solicita que se disponga la traducción oficial al castellano de los documentos en inglés que aparecen traducidos por una División del Departamento de Estado del país requirente y no, como debió ordenarse "de conformidad con el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil y otras disposiciones legales", por peritos nacionales y que, además, por cuanto la nota verbal número 200 sólo aparece suscrita con unas iniciales, se solicite, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que "inquiera a la Embajada de los Estados Unidos acerca de la autenticidad de dichas iniciales".

Respecto de la primera de estas pruebas observa la Sala que si bien es cierto que la traducción de documentos del idioma inglés al castellano fue hecha por el señor Antony D. Sierra, de la División de Servicios Lingüísticos del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, también lo es que tal traducción fue verificada y aprobada oficialmente, luego de algunas correcciones, por la Jefe de la Sección de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, señora Patricia Koppel Durán, lo que no deja duda alguna sobre la fidelidad y correspondencia entre los textos en inglés y en español.

En relación con la segunda prueba, debe observar igualmente la Sala que según los usos y costumbres diplomáticos las notas verbales, aun cuando escritas, son comunicaciones informales que pueden equi-

pararse a simples intercambios orales y que, por tanto, bien pueden producirse sin firma y sin sellos oficiales, del mismo modo que no los lleva un mensaje verbal, una comunicación telefónica u otro medio oral.

A este respecto dice Germán Cavelier:

"...El canje de notas es un documento bipartito: Cada instrumento puede ser una nota diplomática formal, una carta, un mensaje, un memorándum o aide mémoire firmadas o inicialadas, *o una note verbale sin firma, con o sin sellos...*" (Subraya fuera del texto). (El Régimen de los Tratados Internacionales en Colombia, pág. 40).

La nota verbal número 200 aparece, sin embargo, con iniciales y, además, estampado en ella el sello de la Embajada de los Estados Unidos de América en Bogotá, requisitos que, como se ha visto, no eran siquiera indispensables para la autenticidad del escrito.

Estas pruebas son, por tanto, inconducentes.

3. Para acreditar la buena conducta anterior de su cliente el memorialista solicita igualmente que se le oiga en declaración, sin indicar si debe hacerlo como testigo o como procesado, ninguna de cuyas condiciones reúne ante la Corte y que se reciba, con el mismo propósito, declaraciones a otras personas y sobre las relaciones comerciales que han tenido con él, a varias entidades bancarias.

La buena conducta anterior del procesado no tiene, sin embargo, relación alguna con los hechos en que se funda la solicitud de extradición ni, de demostrarse, podría aducirse como motivo de excepción, limitados como se encuentran estos a los señalados en el Tratado respectivo y en el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal.

El hecho que se pretende demostrar con estas pruebas es, igualmente, inconducente.

4. Finalmente, el memorialista solicita que se oficie al Ministerio de Justicia para que envíe a la Corte "el expediente que contiene la documentación sobre la extradición de Emiro de Jesús Mejía Romero, donde aparecen las notas verbales de la Embajada Americana, solicitando la detención provisional del mencionado ciudadano, y los alegatos (...) presentados (por el memorialista) en calidad de Apoderado Especial, donde claramente se aprecia la irregularidad en la tramitación de la petición de extradición".

El expediente relacionado con la detención, por ser asunto puramente administrativo y la medida precautelativa del resorte del Ministerio de Justicia, a cuyas órdenes permanece el capturado, no puede traerse a la Corte, privando de su posesión al funcionario en cuyo poder debe hallarse la documentación con base en la cual ha ordenado el encarcelamiento de la persona cuya extradición se solicita y en cuyas manos debe permanecer, igualmente, para el evento de que en el futuro se presenten situaciones relacionadas con el mantenimiento, suspensión o revocación de la detención, a ninguna de las cuales podía hacer frente el Ministro sino teniendo en sus manos el expediente respectivo y mediante determinaciones adoptadas en éste.

La Sala estima necesario, sin embargo, conocer la documentación a que se refiere el memorialista, por las razones que éste expone para solicitar la prueba, de modo que no pudiendo quitar el expediente al funcionario que debe seguir interviniendo en él en relación con la detención, solicitará al Ministerio de Justicia copia auténtica de la totalidad de esa actuación para su posterior consideración.

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— *niega* la práctica de las pruebas solicitadas por el señor apoderado del detenido Emiro de Jesús Mejía Romero, salvo la estimada procedente en el numeral 4º de la parte motiva de esta providencia, que se decreta; en consecuencia, dentro del término de diez (10) días señalado en el numeral 3º del artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, solicítese al señor Ministro de Justicia copia autenticada del "expediente que contiene la documentación sobre la extradición de Emiro de Jesús Mejía Romero, donde aparecen las notas verbales de la Embajada Americana, solicitando la detención provisional del mencionado ciudadano, y los alegatos (...) presentados (por el memorialista) en calidad de Apoderado Especial".

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

HABEAS CORPUS

La intervención del juez penal o promiscuo municipal, en función de la garantía del Habeas Corpus, se reduce a advertir si mediaba una petición telegráfica en que se afirmara su enjuiciamiento (o su equivalente) o la condena de un requerido, según las voces del artículo 742 del Código de Procedimiento Penal, o la comunicación escrita diplomáticamente, en tal sentido, así la actuación en el exterior apenas contemplase la detención provisional y luego verificar si se ha superado el término de los tres meses, señalado en el artículo VII del Tratado de 1888 o en el artículo II-3 del Tratado de 1980, o falta de estipulación especial, los sesenta días señalados en el mencionado artículo 742 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 53 de 14 de junio de 1983.

Vistos:

Al doctor *Luis Carlos Rosales Díaz,* como Juez 10 Penal Municipal de esta ciudad, se le imputa la comisión de un presunto delito de "prevaricato". El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de 26 de octubre de 1982, apelado por el Ministerio Público, le ha *sobreseído definitivamente,* al considerar que "el hecho... es atípico y que por lo mismo no es constitutivo de infracción penal".

El Procurador 3º Delegado en lo Penal está conforme con esta decisión.

Hechos y demostraciones sumariales:

El *a quo* ha presentado una narración y deducciones probatorias completas, suficientes para tomar una definición jurídica del caso examinado. Por eso, así la transcripción sea prolija, se reproducen los siguientes apartes de la providencia impugnada:

"...El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, doctor Manuel Guillermo Silva González, noticia al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá sobre la decisión del entonces Juez 10 Penal Municipal mediante la cual ordenó la libertad del ciudadano canadiense Edmond Jacques Courtois. El precitado funcionario solicita a la Corporación se disponga lo pertinente para que se investigue la conducta del doctor Rosales Díaz, por cuanto con anterioridad la misma petición de habeas corpus había sido formulada ante el Juzgado 56 Penal Municipal con resultados negativos.

"El Jefe del DAS hace saber que el mencionado Courtois estuvo detenido en las dependencias a su cargo con base en lo previsto por el artículo 742 del Código de Procedimiento Penal.

"El doctor Manuel Guillermo Silva acompaña a su comunicación los siguientes documentos que en fotocopia obran a folios 5 y siguientes del cuaderno principal:

"1. Oficio número 01491 del 19 de mayo de 1981, suscrito por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigido a la doctora Consuelo Valbuena, Jefe de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad. El objeto del oficio, según se desprende del texto del mismo, es el de que 'teniendo en cuenta los compromisos adquiridos por nuestro país a nivel internacional ruego a usted tomar las medidas pertinentes'. Se hace llegar al DAS con el Oficio número 01491 la nota verbal número 374, calendada el quince de mayo de 1981, procedente de la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante la cual el Gobierno de ese país solicita la 'detención' del señor Jacques Courtois.

"2. Traducción no oficial (la oficial aparece a folio 318 del cuaderno anexo número 1) de la nota verbal número 374 (sic), a que ya se hizo referencia en el numeral anterior.

"3. Comunicación de la Jefe de la División de Extranjería del DAS al Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, con la cual informa que el 29 de mayo de 1981 se 'detuvo' al ciudadano Edmond Jacques Courtois, 'en atención a su Oficio número 01491 de fecha mayo 19 de 1981'.

"4. El Jefe de la Sección de Investigación de Extranjería encargado oficia al señor Embajador de los Estados Unidos de América para darle cuenta de la 'detención' del señor Courtois y de que el mismo ciudadano canadiense queda a disposición 'del Gobierno colombiano'.

"5. Informe del mismo Jefe de la Sección de Investigación de Extranjería encargado a la doctora María Consuelo del Río M. Juez 56 Penal Municipal, en respuesta a un oficio librado por la precitada funcionaria para que se le aclarara la situación jurídica de Edmond Jacques Courtois. Es así como la Juez 56 se entera de que la captura de Courtois obedece al Oficio número 01491 de la Jefatura de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y 'en razón a que la Embajada de los Estados Unidos en Colombia tramita la *extradición* de dicho ciudadano. La documentación respectiva cursa en el Ministerio de Relaciones Exteriores a donde usted podrá dirigirse en pro-

cura de la misma. De lo anterior se concluye que el señor Jacques Courtois se encuentra a órdenes del Gobierno Nacional'.

"6. Providencia de la Juez 56 Penal Municipal mediante la cual no decreta la libertad de Edmond Jacques Courtois como culminación de la solicitud de habeas corpus que en favor del precitado ciudadano canadiense le había sido interpuesta.

"Son fundamentos de la providencia en cuestión:

"a) Que las normas de aplicación para el presente caso son las de los Acuerdos o Tratados Internacionales que desplazan a las del procedimiento penal, en virtud del artículo 17 del Código Sustantivo;

"b) Que el tratado vigente en materia de la extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América es el del 9 de mayo de 1888, ratificado debidamente el 12 de noviembre de 1890 y la convención suplementaria firmada en Bogotá el 9 de septiembre de 1940 y aprobada por la Ley 8ª de 1943 (fotocopias del texto de estos tratados obran a folios 45 y siguientes del cuaderno anexo número 2);

"c) Que el artículo 7º de la citada Convención de 1888 permite privar de libertad a una persona con el solo informe telegráfico o por otro tipo de comunicación escrita enviada por conducto diplomático. Que según reza la norma la petición de arresto debe estar sustentada en causa probable y en relación con alguno o algunos de los delitos que enumera la misma convención. Que el Gobierno del país en donde se halle el prófugo debe procurar 'en cuanto legalmente le sea posible efectuar el arresto';

"d) Que por lo tanto 'los requisitos para ordenar el arresto, de acuerdo con la Convención de 1888 se cumplieron a cabalidad y que con relación a las formalidades que deben cumplirse en la solicitud de extradición, existen tres meses de término para completarlas en debida forma, sin ser este Despacho competente para pronunciarse sobre ese particular'.

"7. Informe del DAS al doctor Luis Carlos Rosales Díaz, en su calidad de Juez Décimo Penal Municipal, de que Edmond Jacques Courtois 'se encuentra detenido en estas dependencias a *órdenes del Gobierno Nacional*, ya que la Embajada de los Estados Unidos tramita la *extradición* del señor Courtois' y que 'con fecha junio 2 de 1981 el Juzgado 56 Penal Municipal de esta ciudad mediante Oficio número 334 nos comunicó que en ese Despacho cursaba una solicitud de habeas corpus del citado extranjero, la cual fue negada'.

"8. Luis Carlos Rosales Díaz, Juez Décimo Penal Municipal de Bogotá, le hace saber al DAS, mediante Oficio número 582 de junio 27 de 1981 que ratifica la orden de libertad para Jacques Courtois y que 'las resoluciones sobre *habeas corpus*, no hacen tránsito a cosa juzgada o se refieren a medidas preventivas y en consecuencia provisionales. Además como lo acredita el peticionario la decisión actual se apoya en hechos nuevos, no conocidos en el trámite anterior y que se refiere a la improcedibilidad de la acción penal, en el caso presente, según sentencia de la Corte Federal de los Estados Unidos allegada al diligenciamiento'.

"9. Auto del Juez Décimo Penal Municipal mediante el cual decreta la libertad inmediata del retenido Edmond Jacques Courtois.

"Las razones en que sustenta su determinación el funcionario son:

"a) Que toda persona que se encuentre privada de la libertad en forma ilegal puede invocar ante el juez penal el derecho de habeas corpus;

"b) Que hasta la fecha de la providencia no existe mandato 'de autoridad competente que justifique legalmente la retención de que ha venido siendo víctima el señor Courtois';

"c) Que la apreciación de que la retención es ilegal se infiere de los mismos informes rendidos por la Sección de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad.

"Mediante auto del 31 de julio del año próximo pasado el Magistrado Sustanciador de entonces ordena que se acredite la calidad de funcionario en la persona de Luis Carlos Rosales, asunto que se logra al incorporar a las sumarias copias de los acuerdos de nombramiento y de confirmación y copia del acta de posesión del doctor Luis Carlos Rosales Díaz como Juez Penal Municipal.

"El 18 de septiembre de 1981 el Tribunal Superior abre investigación y en desarrollo de tal providencia se practicaron las siguientes diligencias:

"1. Indagatoria de Luis Carlos Rosales Díaz. Alude el precitado abogado que en virtud de una petición de habeas corpus interpuesta ante su Despacho por el doctor César Montoya Ocampo en favor del ciudadano canadiense Edmond Jacques Courtois, ordenó en cumplimiento de lo previsto por el Código de Procedimiento Penal para el trámite de tal clase de solicitudes oficiar al Departamento de Extranjería del DAS y al Ministerio de Justicia para que dieran a conocer las razones de la retención del citado individuo. Que como no le figuraba auto de detención ni orden de autoridad competente resolvió ordenar su libertad inmediata. Responde al instructor que se enteró del trámite y la culminación del mismo que le diera el Juzgado 56 Penal Municipal a una petición similar, pero que tal información le fue suministrada a última hora sin que pudiese ampliar los términos perentorios a que aluden los artículos 417 y siguientes del código adjetivo. Que no estimó que fuese legal negar la petición de habeas corpus por cuanto a pesar del convenio internacional de Colombia con los Estados Unidos, priva la Constitución Nacional. Aclara también que el Juez Déoimo Penal Municipal de Bogotá no estaba tramitando una extradición examinando la situación de captura en que permanecía Courtois.

"2. A folio 152 obra la diligencia de inspección judicial practicada al cuaderno en donde se surtió la tramitación del habeas corpus. En el transcurso de la misma se aportaron al proceso fotocopias de varios oficios y de diferentes comunicaciones que por haber sido relacionadas en numerales anteriores, no se incorporan en éste.

"3. La Procuraduría General de la Nación certifica que el doctor Luis Carlos Rosales Díaz no registra antecedentes como funcionario estatal.

"4. El cuaderno anexo número 1, lo componen los distintos documentos relacionados con el proceso de extradición del ciudadano canadiense Edmond Jacques Courtois enviados por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el cuaderno anexo número 2 la actuación cumplida por la Procuraduría General de la Nación en el proceso adelantado contra el mismo doctor Rosales Díaz.

"5. El doctor Fernando Arjona, en su condición de Fiscal 16 del Tribunal, solicita enjuiciamiento para el doctor Luis Carlos Rosales Díaz como incurso en el delito de prevaricato y para el efecto cita el artículo 7º de la Convención Internacional de 1888 celebrada entre Colombia y los Estados Unidos. Igualmente invoca la agencia fiscal la indagatoria del doctor Rosales, de la cual extracta apartes, destacando como de mayor significación el relativo a la presión del abogado litigante que elevó la petición del habeas corpus. De ese aspecto hace derivar el Ministerio Público el hecho de que el funcionario actuó bajo presión, 'demostrando falta de ecuanimidad, don esencial para un buen juez'.

"6. El señor apoderado de Rosales Díaz en el alegato de conclusión hace hincapié en el hecho de que no existe delito en virtud a que la providencia proferida por el doctor Rosales en su calidad de Juez Décimo Penal Municipal de Bogotá, se acomoda a derecho. Además impetra que se tenga en cuenta la buena fe con que obró su poderdante por cuanto el funcionario estimó que no se podía detener a una persona por una conducta atípica como lo consignó la Corte Federal al revisar una actuación dentro del proceso que en los Estados Unidos se adelanta o adelantaba contra Courtois y dos personas más..."

Apreciaciones del Tribunal:

El sobreseimiento proferido no recoge las explicaciones del acusado. Estas, en verdad, no alcanzan a satisfacer a la Corporación para decretarle esa definitiva desvinculación procesal. Las razones del uno y de la otra son afines, guardan cierta lejana relación y más bien puede deducirse que el juez obró por motivos que, por sí, no le libran de cierta responsabilidad. De ahí que la Sala de Decisión tenga que buscar otras motivaciones y concluir que, así el incriminado no atinara a decretar el habeas corpus por las razones que en sentir del Tribunal debió tener en cuenta, el señor Courtois no estaba legalmente detenido, faltando uno de los elementos del delito de prevaricato. En conclusión, el juez no dictó una providencia contraria a derecho, sino que acertó en su aplicación, no obstante desconocer tan buen suceso o haber inspirado su conducta en otros motivos.

Textualmente anota el *a quo*: "...Lo importante para poder ubicar el comportamiento del funcionario es el establecer de acuerdo con lo previsto por los artículos 417 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, de aplicación en cuanto al habeas corpus se refiere, si Courtois se hallaba privado de libertad con las formalidades legales que no son otras sino las que señala la Convención de 1888, aprobada por la Ley 66 del mismo año.

"Encuentra la Sala que no existe en el plenario, entre otras cosas porque nunca se dictó, ninguna orden de arresto contra Courtois. Obra si la petición de arresto del Gobierno Estadounidense al de Colombia, pero lo cierto es que éste no se pronunció al respecto, ni aparece estudio alguno sobre la situación que permitiese llegar a la conclusión de si podría procurar el arresto personal del reo, para emplear los mismos términos del tratado, requisito que se desprende de la expresión 'cada Gobierno procurará, en cuanto legalmente le sea posible', que precisamente apunta al requisito de la juridicidad como presupuesto para la viabilidad de la petición que se hace.

"No señala el tratado la naturaleza jurídica de la respuesta del Gobierno requerido, lo que podría dar lugar a que el oficio que dirigió el Jefe de División Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Jefe de la Sección de Extranjería del DAS tuviera esos alcances y se pudiera interpretar como un asentimiento a la solicitud y por consiguiente una orden de arresto contra la persona pedida. Si lo anterior pudiese con extrema dificultad allanarse, lo que sí estima la Sala insalvable es el aspecto relativo al funcionario que en el presente evento se abroga la personería del trámite y del pronunciamiento, entendido éste en el justo sentido que se acaba de analizar.

"La nota verbal número 374 (sic), habla del Gobierno de Estados Unidos y del Gobierno colombiano y pide se expida la orden de arresto; los tratados emplean la misma palabra: Gobierno que no puede tener otro significado que el universalmente reconocido y que la Constitución Nacional reclama en su artículo 57, en los siguientes términos:

"El Presidente de la República y los ministros del despacho o los jefes de departamentos administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o jefe del departamento administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno".

"Si los anteriores razonamientos fueren insuficientes para sostener válidamente que el señor Edmond Jacques Courtois estaba privado de su libertad sin los requisitos de ley, tal apreciación podría derivarse también del hecho simple y escueto de que si para conceder la extradición, o sea para consentir en la entrega de un individuo que se halle en el país y que por esa sola circunstancia, cuando carece de la condición de ser ciudadano colombiano, las leyes o tratados públicos de la Nación lo protegen, se requiere de un pronunciamiento (llámese resolución), con mayor razón se debe ser más estricto, más exigente cuando de privar del don más preciado del hombre se trata.

"La providencia cuestionada mediante la cual se decretó la libertad de Courtois, utilizando otras palabras pero con sentido similar al que fundamenta esta determinación, se sustentó en la ausencia de las formalidades que respaldaran el arresto en atención a lo que prevé el Código de Procedimiento Penal para el habeas corpus, aspecto suficiente como para rechazar la calificación de abiertamente contraria a la ley que quiere dársele a aquella, con la aclaración relativa a que las formalidades que no se observaron son las que prevé el acuerdo internacional..."

Concepto del Procurador 3º Delegado en lo Penal:

Después de citar el artículo 23 de la Carta, anota que "...Si la anterior disposición se aplica a una persona que delinque en territorio nacional, menester es que sea el Organo Jurisdiccional quien pronuncie la orden de arresto o detención. Pero el señor Edmond J. Courtois, no delinquió en territorio de Colombia. Lo hizo en país extranjero y fue allí donde un Juez de Distrito en Nueva York profirió auto de detención. Pero el señor Courtois viajó a Colombia. Cómo hacer efectiva la orden de arresto y el auto de detención emanado de autoridad competente judicial de Estados Unidos, para que no se eludiera la acción de la justicia? En este momento es cuando entran a operar los Tratados Internacionales, firmados para proteger la aplicación de las leyes en cada país.

"Colombia suscribió un Tratado con Estados Unidos en 1888, vigente hoy, en donde se indica expresamente en su artículo 7º ya transcrito, que permite retener a la persona respectiva reclamada, hasta por tres meses mientras se adelantan los trámites correspondientes.

"De lo anterior se deduce:

"Dos son los momentos que contempla la disposición anterior:

"a) El momento del arresto en cuanto se tenga noticia de que en un país extranjero se ha dictado providencia de arresto o detención a un reo que se encuentra prófugo, en el país requerido. Lo anterior, para poder hacer efectiva la detención. Pero hay un límite. Si en tres meses máximo, no se han remitido todos los documentos necesarios para otorgar la extradición, se pondrá en libertad al retenido;

"b) La extradición. Este aspecto es totalmente diferente al anterior. Se tramita ante el Ministerio de Justicia y requiere la documentación completa en que se basó el juicio penal en el país requirente.

"En nuestro Código de Procedimiento Penal también se contemplan los dos momentos antes mencionados en el artículo 742 cuando dispone que puede detenerse provisionalmente a una persona, en casos urgentes, 'a virtud de petición telegráfica que exprese la circunstancia de haberse producido el enjuiciamiento o la condena...'

"Este fue el ordenamiento aplicado por el Departamento Administrativo de Seguridad al recibir la información del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"Expresa el honorable Tribunal Superior de Bogotá que en los Tratados se indica gobierno y que éste lo conforman el Presidente y su Ministro respectivo. Es cierto. Pero conforme al Decreto-ley 2017 de 1968, en su Capítulo I. De las atribuciones y estructuras del Ministerio de Relaciones Exteriores (Diario Oficial de agosto 6 de 1968), se indica en su artículo primero: El Ministerio de Relaciones Exteriores tiene a su cargo: El estudio y ejecución de la política internacional del Gobierno... la celebración de tratados, convenciones y la vigencia de su ejecución..."

"En este orden de ideas, era el Ministerio de Relaciones Exteriores a quien competía que el Tratado de 1888 se cumpliera, cuando recibió

la nota proveniente de la Embajada de los Estados Unidos con el fin de que se privara de libertad a Edmund J. Courtois, a través de las autoridades y funcionarios respectivos.

"Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, encontramos que la providencia, sí fue manifiestamente contraria a la ley, cuando expresamente ordenaba que el señor Courtois debía permanecer privado de libertad hasta por el término de setenta o noventa días (según se aplique el artículo 742 del C. de P. P. o el artículo 7º del Tratado de 1888). El elemento de tipicidad se encuentra conformado. Pero para que una conducta típica sea sancionada, se necesita el elemento a sabiendas, es decir, la responsabilidad penal.

"Analizamos la injurada del sindicado y realmente a través de su razonamiento es fácil concluir que estaba convencido de su decisión; que ésta fuera contraria a las normas resulta claro según lo que se ha dejado expuesto. Pero no se configura infracción sino cuando el resultado es querido y perseguido a sabiendas de su inconformidad con las normas aplicables.

"No es posible encontrar el elemento intencional, fundamental para la responsabilidad del incriminado no obstante que éste tuvo conocimiento de otra decisión judicial sobre el mismo asunto, que se hallaba debidamente fundada.

"Por tanto es necesario concluir con el sobreseimiento definitivo por inexistencia de infracción, conforme al artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, como lo estimó fundadamente el Tribunal cuya decisión debe sostenerse..."

Alegaciones del apoderado del sindicado:

Tiene por verdad la manifestación del Tribunal en el sentido de destacar que el señor Courtois no estaba legalmente detenido. De donde, aplicar el habeas corpus, como lo hizo su representado, era actuar conforme a derecho. Recuerda, además, que el juez Rosales Díaz conoció una sentencia proferida por la justicia norteamericana en la cual se manifestaba que no podía seguirse adelantando procedimiento alguno contra el señor Courtois y los demás comprometidos. Obvio resultaba entonces, conforme con la letra del tratado, que no se daba el requisito de poderse seguir acción penal en Colombia, puesto que ese hecho no constituía delito. Finalmente apunta una notoria ausencia de dolo en lo ocurrido, aún en la hipótesis de calificar la providencia censurada como ilegal, ya que el doctor Rosales Díaz, al disponer la libertad del señor Courtois, según las consideraciones que hizo su apoderado, el doctor Montoya Ocampo, creyó sinceramente que la detención del requerido en extradición, no tenía apoyo ni en el Tratado, ni en la ley colombiana", aunque otra fue la consideración posterior de la Corte, al conceptuar favorablemente sobre la comentada extradición.

Consideraciones de la Sala:

1. *No puede negarse, y este constituye pronunciamiento anterior de la Corte (mayo 30 de 1983), que el habeas corpus como institución general y fundamental, no encuentra zonas de prohibida aplicación.*

Donde quiera se dé una privación de libertad mayor de cuarenta y ocho horas, susceptible de estimarse como violatoria de la ley, opera esta protección, sin consideración de la categoría del funcionario que la ha causado y que debe en el ejercicio de sus funciones ajustarse plenamente a las normas de derecho, o la condición del capturado o retenido.

Pero si bien se afirma esta potestad, también se enfatiza en el riguroso cumplimiento, por parte del juez penal o promiscuo municipal competente para cumplir con esta actuación judicial, de los preceptos legales que gobiernan esta trascendente potestad. No es el caso, pues, de admitir, falsos pretextos en su aplicación, ni tolerar análisis de aspectos que no pueden ser cuestionados, ni desconocer el imperio de otras facultades, debidamente realizadas. El afianzamiento del derecho de libertad no puede apoyarse ni realizarse con el desconocimiento del orden jurídico. Muy estricto debe ser el cumplimiento de esa función para evitar su distorsionamiento y deterioro. En esto no es dable proceder con ambigüedades, apresuramientos, supuestas facultades, interpretaciones a unas de verdad y acierto.

2. *Dentro de este orden de ideas el juez competente para conocer de un "habeas corpus" tiene que respetar la legislación especial (Constitución, Tratado, Ley, Decreto) que regule lo concerniente a la privación de libertad de una persona. Mientras se cumplan esas determinaciones, no puede considerarse violación de la ley su correcto ejercicio. Sobrepasado este marco, empieza la posibilidad de ejercer aquella garantía en forma correcta y eficaz.*

3. *En materia de extradición se sabe bien, y ningún funcionario está llamado a alegar con visos de credibilidad su desconocimiento, sus aspectos están reservados a los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y a la Corte Suprema, en su Sala de Casación Penal. Aquellos, en su etapa inicial preparan la documentación correspondiente, toman las primeras medidas relacionadas con el procesado; ésta, conceptúa en forma adversa o favorable; y, finalmente el Gobierno, decide, en la segunda de la hipótesis, si conviene o no la concesión de la extradición.*

Lo que se quiere patentizar, con estas someras y básicas indicaciones, es el ámbito restrictivo, de competencia restringida y exclusiva, que esta institución tiene asignada en nuestro estatuto de procedimiento penal.

3. *No hay duda alguna, ni ahora ni cuando actuó el Juez 10 Penal Municipal, doctor Rosales Díaz, que el derecho internacional contempla la nota verbal proveniente de una Embajada, como suficiente para activar los mecanismos policivos con el fin de obtener la detención preventiva de persona sobre la cual, posteriormente, se hará recaer una solicitud de extradición, privación de libertad que opera durante el término concedido por el Tratado (en el caso estudiado, tres meses, art. VII, L. 8º de 1943), para aportar en forma plena la documentación pertinente. El Código de Procedimiento Penal, por vía general, igualmente señala la procedencia de una detención preventiva por petición*

telegráfica, concediendo un término de setenta días para formalizar la petición de extradición.

En uno y otro caso no es dable, ni siquiera al Ministerio de Justicia o de Relaciones Exteriores, entrar a cuestionar los fundamentos de esa excitación. Cuando la Embajada de los Estados Unidos de América, requirió en nota verbal (número 347, mayo 15 de 1981) el encarcelamiento de Courtois, indicando la situación que afectaba la libertad de éste por decisión del Juez Federal Edmund Palmieri y manifestando su propósito de tramitar lo relacionado con su extradición, se cumplieron así los requisitos fundamentales de la pretensión y el Ministerio de Relaciones Exteriores (hoy el de Justicia) intervino legalmente al promover su captura por parte del DAS (Oficio J. 01491, mayo 19 de 1981), institución que cumplió en forma debida este mandato.

Este procedimiento, señalado tanto por el Tratado de 1888 (y Convención Complementaria de 1940) con los Estados Unidos de América, como por el Código de Procedimiento Penal, que en su libro 4º, título 4º, capítulo 3º, regula en forma supletoria lo que no está disciplinado específicamente por los acuerdos, tratados o convenios internacionales, se satisfizo a cabalidad. El Ministerio de Relaciones Exteriores (en ese entonces) o el de Justicia (en la actualidad) no toman una decisión de carácter jurisdiccional sobre la pérdida de libertad, o su recuperación, de persona susceptible de ser extraditada. No originan ellos esta diligencia ni crean los motivos de esta decisión ni tienen porqué estudiar aspectos relacionados con el caudal probatorio o calificaciones jurídicas que puedan regular esta cuestión. Se limitan, administrativamente, a ordenar, en la forma que estimen más conveniente hacer conocer esta determinación, el cumplimiento de la providencia tomada en el exterior por los funcionarios competentes y relacionada con esa privación de libertad. Es una respuesta, en el simple ámbito de las funciones del ejecutivo (policivas), a una petición foránea, expresamente reconocida en el respectivo tratado o en las normas generales que la institución recibe del Código de Procedimiento Penal (libro 4º, título 4º, capítulo 3º).

5. *La intervención del juez penal o promiscuo municipal, en función de la garantía del habeas corpus, se reduce a advertir si mediaba una petición telegráfica en que se afirmara el enjuiciamiento (o su equivalente) o la condena de un requerido, según las voces del artículo 742 del Código de Procedimiento Penal, o la comunicación escrita diplomática, en tal sentido, así la actuación en el exterior apenas contemplase la detención provisional, pues en esto el Tratado, tanto el de 1888 como el de 1980, amplian esta posibilidad. Y luego, verificar si se ha superado el término de tres meses, señalado en el artículo VII del Tratado de 1888, o en el artículo 11-3, del Tratado de 1980, o a falta de estipulación especial, los setenta días señalados en el mencionado artículo 742 del Código de Procedimiento Penal.*

6. *Prohibición categórica, indubitable y de comprensión fácil y reconocida, constituía la de desconocer el mérito de la detención provisional, mediando una comunicación de la Embajada, en este sentido, o discutir la competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores o del de Justicia, para actuar en esta forma, o cuestionar errores de*

identidad, fenómenos prescriptivos, naturaleza política de la infracción, absoluciones o cesaciones de procedimiento sobrevinientes, etc. El análisis de todas estas materias encuentra otra órbita privativa de definición, o sea, la Corte Suprema de Justicia y exige la producción legal de las pruebas correspondientes.

7. El juez acusado prefirió desentenderse de la actuación que, de modo negativo, había tomado el Juzgado 56 Penal Municipal, no inquietándose siquiera por conocer los motivos que le llevaron a resolver adversamente igual pretensión (fl. 15). Pasó por alto el valor de la nota verbal y la eficacia de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, una y otra causa de la intervención del DAS contra Courtois. Tampoco le importó, en lo más mínimo, las expresas y conocidas regulaciones legales que defieren a la Corte Suprema de Justicia la consideración de aspectos que pueden influir decisivamente en estos temas de la extradición, y por último, nada le importó el término que tenía la Embajada de los Estados Unidos de América para formalizar la petición de extradición, o siquiera el señalado por el citado artículo 742 del Código de Procedimiento Penal. Le satisfizo una prueba aportada por el abogado de Courtois, sin el más mínimo cercioramiento de autenticidad y con innovación procedimental tanto dentro del habeas corpus como dentro de la extradición misma, y la respuesta del Ministerio de Justicia en el sentido de no existir trámite de extradición sobre Courtois, información lógica puesto que todavía la Embajada disponía de buen tiempo (Courtois llevaba en detención veintisiete días) para completar el respectivo trámite. No se tuvo en cuenta aspecto tan obvio como tampoco se indagó en el Ministerio de Relaciones sobre este asunto, dependencia que por su especialidad era la llamada a ser informada, oída o consultada, si había realmente una situación de duda.

8. El juez sindicado quiso a todo trance actuar en la forma como lo hizo, así omitiera, quebrantara o desconociera regulaciones evidentes, muy conocidas y sobre las cuales no es dable alegar confusión, error o vacilación. Basta advertir cómo un juez homólogo se negó a conceder el habeas corpus solicitado y la índole de sus razonamientos.

Revela el juez Rosales Díaz, un manifiesto ánimo de torcer el buen sentido de la ley, la natural interpretación de sus dictados. Sólo le ansiaba el dar respuesta positiva y pronta a las reclamaciones interesadas del apoderado de Courtois.

En circunstancias tales no es posible eludir a un fenómeno de ignorancia, de error, de apresuramiento. La valoración contraria es la que fluye, espontáneamente, en el comportamiento del procesado. Conocimiento y voluntad de actuar como actuó es lo deducible. Máxime cuando se observa que era juez experimentado (fls. 143/144) y carecía de antecedentes jurisprudenciales que le dieran siquiera margen a la duda o dirigieran su criterio a desconocer tan audazmente la serie de normas que transgredió, cuyo texto, se repite, no autorizaba ni auspicia interpretaciones favorables a su proceder.

Rosales Díaz profirió, pues, resolución manifiestamente contraria a la ley, y su acción, al tenor del artículo 149 del Código Penal, resulta

típica, antijurídica y culpable, al menos en el grado que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

Se dan los requisitos para un vocatorio a juicio.

La infracción está conminada con pena de prisión de uno a cinco años.

En cuanto al beneficio de excarcelación, se dará aplicación al artículo 453-5 del Código de Procedimiento Penal.

Luis Carlos Rosales Díaz, es hijo de Benito y Dora, con cédula de ciudadanía número 2.940.451 de Bogotá, nacido el 25 de noviembre de 1939, casado, abogado, con tarjeta profesional número 18512.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *resuelve:*

1. Revocar el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechado el 27 de octubre de 1982, y en su lugar residenciar en juicio criminal al doctor Luis Carlos Rosales Díaz, para que responda del delito de "prevaricato" definido y sancionado en el Código Penal, libro 2º, título 4º, capítulo 7º, cometido cuando se desempeñaba como Juez 10 Penal Municipal de Bogotá, y consistente el hecho en haber dictado resolución que concedió el habeas corpus a Edmond Jacques Courtois, contra quien la Embajada de los Estados Unidos de América había solicitado en nota verbal su provisional detención y no había concluido el término consignado en el Tratado respectivo para presentar la documentación relacionada con su extradición. El hecho tuvo ocurrencia el 25 de junio de 1981.

Se decreta la detención preventiva del doctor Rosales Díaz, pero tendrá derecho al beneficio de excarcelación si presta caución prendaria por valor de dos mil pesos ($ 2.000.oo) y se obliga a presentarse cada quince días ante el Tribunal Superior de Bogotá, en el despacho de la Magistrada Sustanciadora de la causa.

Háganse las notificaciones de rigor y entérese al enjuiciado de los derechos de defensa.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PROCEDIMIENTO LABORAL

AUDIENCIAS: DE CONCILIACION, TRAMITE Y JUZGAMIENTO

Las primeras tienen por objeto el arreglo amigable del litigio; las segundas se destinan a la práctica de las pruebas y a escuchar las alegaciones de las partes y las últimas sirven de marco procesal al proferimiento del fallo y a su notificación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 55.

Vistos:

Por vía de consulta conoce la Corte de la providencia de primero de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali sobreseyó definitivamente en favor de la doctora *Elsa L. Llanos Herrera* por los cargos que le formulara Holmes Antonio Arias Caicedo en razón de hechos atribuidos a ella en desempeño de sus funciones de Juez Séxta Laboral del Circuito de esa ciudad.

Hechos y actuación procesal:

En el juzgado a cargo de la doctora Llanos Herrera cursaba un juicio ordinario laboral de mayor cuantía promovido por Holmes Antonio Arias Caicedo contra la empresa Ingenieros Civiles Asociados S. A. de México "ICA", cuya tramitación se adelantó normalmente hasta la audiencia de juzgamiento, en la cual se presentó el incidente que motivó la denuncia penal de la juez por parte del demandante en el proceso laboral.

Dicho incidente consistió en que habiéndose fijado como fecha para esa audiencia la del día 3 de julio de 1981, a las once de la mañana (fl. 79 del cuaderno del Tribunal), la juez no estuvo presente en ella debido a que viajó a Bogotá, con destino a Europa, a las diez y cinco minutos de la mañana de ese día, no obstante lo cual el acta

de audiencia, indicativa de la realización de esa diligencia a las once de la mañana y de la lectura de la correspondiente sentencia, aparece firmada por la secretaria para que regresara dentro de la hora judicial o por la doctora Elsa L. Llanos Herrera en su calidad de juez y por su secretaria (fls. 81 a 86).

Comprobado este hecho por parte del demandante en el juicio laboral y por su apoderado y un amigo de aquél, ya que concurrieron al juzgado antes de las once de la mañana de ese día para asistir a la audiencia habiéndoseles instado por la tarde, el primero de ellos demandó a la juez ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por los delitos de falsedad en documentos y prevaricato.

En el decurso de la investigación se acreditó la existencia del juicio laboral en que fue actor el denunciante de la juez, y se comprobó en ese expediente la presencia del acta de la diligencia de audiencia de juzgamiento verificada el 3 de julio de 1981, y en ella la transcripción del fallo mediante el cual se absolvió a la empresa demandada. Esa actuación aparece firmada por la doctora Llanos Herrera como juez y por su secretaria. Contra la decisión interpuso ese mismo día el apoderado recurso de apelación, por escrito, el cual le fue concedido el día 9 de julio de ese año y el expediente fue remitido al Tribunal (fls. 113 y 114 del cuaderno del Tribunal).

En su indagatoria explicó la juez denunciada que, acogiéndose a lo que permite hacer el artículo 81 del Código Procesal del Trabajo, no profirió sentencia en estrados en ese negocio dentro de la audiencia en que declaró clausurado el debate probatorio, sino que citó a las partes para una nueva a fin de leerles y notificarlos en ella la sentencia. Es lo acostumbrado en los despachos laborales de Cali, sobre todo en tratándose de negocios complejos que exigen especial estudio.

En esas condiciones, redactó la sentencia con anticipación y se elaboró formalmente el acta de la audiencia de juzgamiento. Todo ello para que, dentro de la hora de las once de la mañana del día 3 de julio de 1981, previamente señalada para tal efecto, por la secretaría se les leyera y notificara a los interesados si es que concurrían a la diligencia.

En cuanto a esta única finalidad de la audiencia de juzgamiento diferida, expresa: "En este último caso o sea cuando se dicta posteriormente no se trata propiamente de una audiencia de juzgamiento porque el fallo ya está dictado, ya está escrito, si bien la norma en cita habla de audiencia ésta tiene como único objeto el leer y notificar a los interesados la sentencia ya dictada".

Narra cómo ella debía viajar el día viernes tres de julio de 1981 en las horas de la tarde a la ciudad de Bogotá para continuar en las horas de la noche el itinerario de la excursión que habría de llevarla a varios países de Europa.

Esa la razón para acercarse el día 2 de julio por la tarde a las oficinas de Avianca con el fin de reclamar sus pasajes, donde se enteró de que su vuelo estaba programado para las diez de la mañana del día siguiente.

Preocupada por esta situación, ya que pensaba que el vuelo sería por la tarde, le solicitó a su amiga Luz María de Belmas que interviniera ante un conocido suyo en la empresa aérea para que le trasladaran el vuelo a las horas de la tarde. Hecha la gestión se le informó que podía esperar un resultado favorable.

No obstante, a las siete de la mañana del día siguiente la llamó su amiga para comunicarle que infortunadamente no había sido posible obtener el cambio de vuelo por tratarse de una excursión que debía hacerla colectivamente, por lo cual debía tomar el avión sobre las diez de la mañana.

Ante esta situación le solicitó a su tía Leonella Herrera que la recogiera en su automóvil para trasladarse rápidamente al juzgado y seguir luego al aeropuerto.

Así lo hizo ésta y pudo, por tanto, concurrir a su despacho hacia las ocho de la mañana, revisar y firmar el fallo que debía leerse y notificarse a las once horas de ese día y viajó a Bogotá a las diez y cinco minutos de esa mañana. Tanto su amiga como la tía la sacan avante en sus afirmaciones (fls. 49 y 54 del cuaderno del Tribunal).

En cuanto a la costumbre de redactar previamente los fallos para que de ellos se notifiquen los interesados si asisten a la audiencia de juzgamiento o dentro del período de ejecutoria, que es lo usual, dio como referencia a varios jueces laborales y abogados que ejercen en ese campo, todos los cuales confirman sus aseveraciones.

A este respecto basta con transcribir los siguientes apartes de los testimonios de algunos de ellos:

El Juez Primero Laboral del Circuito de Cali manifestó:

"Pero este sistema, o sea el relacionado con el proferimiento inmediato de la sentencia, opera muy rara vez en la práctica, por cuanto se impone la necesidad de que el juzgador —dado el volumen de trabajo y la complejidad de los procesos— se tome el tiempo necesario para estudiar el caso en su oficina o en su residencia, que conlleva la lectura del expediente y el análisis del material probatorio; consulta de autores y de jurisprudencia; maduración de ideas y redacción o elaboración final del fallo, con anticipación al día y hora señalado para la audiencia. Llegado el día y la hora fijados, la sentencia ya escrita y con las formalidades de una audiencia pública pasa a la secretaría del juzgado y por su intermedio se lee a los interesados, si es que se hallan presentes y así lo solicitan.

"Sin embargo en la mayoría de las veces las partes no concurren para oír la lectura en el día y hora señalados, sino que se presentan con horas o días de retardo, enterándose del contenido de la providencia mediante lectura personal que de la misma efectúan, previa entrega del expediente por parte de uno de los empleados de la Secretaría. Posteriormente a la lectura y dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la sentencia, la parte inconforme interpone por escrito recurso de apelación, cuando éste es susceptible" ..."Debo declarar además que el procedimiento narrado es el que he seguido por más de 17 años durante los cuales he sido Juez Laboral en las

ciudades de Buenaventura, Cartago y Cali" (fls. 27 y 28 del cuaderno del Tribunal).

En lo sustancial declaran de idéntica manera sobre ese tema los Jueces Segundo, Cuarto, Séptimo, Octavo y Noveno del Circuito de Cali (fls. 31, 36, 37, 41 y 53 *ibídem*).

El Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, doctor Miguel Angel Hurtado Torijano, dijo en certificación jurada sobre este mismo punto:

"En el proceso ordinario laboral acontece lo siguiente: Clausurado el debate probatorio y una vez practicadas las pruebas pedidas por las partes hasta donde sea posible y según el caso controvertido las decretadas por el juez de conocimiento por mandato expreso del artículo 54 del Código Procesal Laboral, mediante auto se fija fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, proveído que debe ser legalmente notificado conforme al referido código. El funcionario, dado el cúmulo de trabajo, la complejidad de muchos de los procesos *sub júdice* y con el único deseo de acertar e impartir justicia pronta, debe necesariamente no esperar el día y la hora fijados para dirimir la controversia, pues con la debida antelación la estudia minuciosamente, es decir, califica al tenor de las normas legales todos los elementos de juicio aportados y procede a escribir la respectiva sentencia de primera instancia y así mismo —también con alguna anticipación—entregarla a un empleado de su despacho para que la saque en limpio y acto seguido se procede a firmarla por el titular —juez— y secretario a fin de ser presentada a las partes dentro de la fecha y hora previamente fijados. Es absolutamente cierto que por costumbre desde hace muchos años los funcionarios laborales (desempeñé el cargo de juez por espacio de 16 años) la notificación de las sentencias se efectúa presentando estas con sus correspondientes procesos a las partes contendientes o a sus apoderados a fin de que estos las lean inclusive confronten los fundamentos jurídicos que tuvo en cuenta el juzgador de primera instancia para pronunciarlas. Es de anotar que muy frecuentemente y sobre todo los profesionales del derecho no se presentan en la fecha y hora fijados para llevar a cabo la respectiva audiencia de juzgamiento sino dentro del término de ejecutoria de la misma y en esta oportunidad procesal solicitan el expediente en la Secretaría del Juzgado y de acuerdo a lo decidido guardan absoluto silencio o en su defecto, esto es, si así lo estiman procedente, interponen el recurso de ley. Por lo antes expuesto es también absolutamente cierto que la mayoría de las notificaciones de los fallos dictados en primera instancia se cumple, bien sea en la hora y fecha fijados previamente o dentro del término de ejecutoria, por la Secretaría del Juzgado y no por el titular del mismo quien se ocupa de sus muchísimos quehaceres ordinarios. Lo anterior —se reitera— en notificación de sentencias pronunciadas en primera instancia, pues si se trata de un recurso incoado contra un auto éste generalmente se interpone y resuelve oralmente dentro de la respectiva audiencia de trámite" (fls. 61 y 62 *ibídem*).

El doctor Facter Gil Jaramillo, abogado laboralista, afirmó sobre el punto:

"Quiere decir lo anterior que el señor juez una vez que concluye o declare clausurado el debate probatorio señala fecha y hora para audiencia de juzgamiento, pero en el caso personal y en el de la mayoría de los abogados que nos dedicamos exclusivamente al derecho laboral, no asistimos o no comparecemos para efectos de la notificación de la sentencia a la hora fijada, generalmente y teniendo en consideración que existen tres días de plazo para interponer el correspondiente recurso de apelación, el abogado litigante se presente dentro de ese término para conocer el fallo que sí le es favorable pues con su silencio de la aceptación pertinente y en caso contrario tiene el tiempo suficiente para interponer el recurso del caso. Lo anterior como conclusión puedo afirmar sin lugar a equivocarme que no existe en la realidad la notificación de la sentencia en la hora y fecha señaladas por el juez porque voluntariamente y por costumbre los abogados no asisten a esa audiencia" (fl. 51 *ibídem*).

Por su parte el doctor Efraín Lezama Ramírez, también litigante en esta rama, dijo:

"En materia laboral, donde rige el principio de la oralidad, los fallos son dictados en audiencia pública, dentro de la cual quedan notificados. Clausurado el debate probatorio, los jueces señalan fecha y hora para audiencia de juzgamiento. Al llegar esa fecha y hora el litigante se acerca a la Secretaría bien del Jurado o de la Sala Laboral, donde conoce uno la providencia. Teóricamente, a esa fecha y hora se debería abrir una audiencia pública para ser dictado el fallo respectivo, pero en los veinticinco años que llevo en el ejercicio profesional, no he asistido a un proceso laboral, en ningún juzgado, ni en la honorable Sala del honorable Tribunal Superior de Cali, donde en ese momento se comience la audiencia con su encabezamiento y el Juez o el Magistrado procedan a dictar la sentencia para que la vaya copiando en el acta el Secretario. Sin excepción, siempre he encontrado, durante mi ejercicio profesional, el acta ya suscrita bien por el Magistrado ponente y por los demás Magistrados con el Secretario, o bien por el respectivo Juez con su Secretario, sin que nunca haya comparecido a suscribir una sola de esas actas, aunque he concurrido a conocer la decisión, en muchas ocasiones, dentro de la hora judicial señalada" (fl. 92 vto. *ibídem*).

En similares términos se expresaron también los abogados de esa especialidad doctores Bolívar Portilla Flórez y Jaime Velasco Villamil (fls. 46 a 48 y 73 a 74 vto. *ibídem*).

Cerrada la investigación, tanto el Fiscal como el apoderado solicitaron un sobreseimiento de carácter definitivo en favor de la Juez acusada (fls. 124 a 135 *ibídem*).

Planteamientos del Tribunal:

Para esa Corporación el comportamiento de la Juez Sexta Laboral de Cali, doctora Elsa L. Llanos Herrera, si bien es típico, carece de las notas de antijuridicidad y culpabilidad.

No lo estima el Tribunal contrario a derecho, ya que, aunque entre él y el ordenamiento legal puede descubrirse una "inconformidad o

antagonismo puramente formal", "ni ocasionó daño alguno, ni tenía la posibilidad de ocasionarlo".

A este respecto recuerda que, aunque la costumbre no crea derecho en el campo penal, de acuerdo con lo que usualmente acontece en el medio judicial laboral de Cali "la audiencia de juzgamiento se reduce a una notificación de un fallo por Secretaría, y a la interposición del recurso pertinente". Esto ocurrió en el caso presente, pues en la diligencia de inspección judicial se acreditó que la parte desfavorecida con la sentencia interpuso recurso de apelación y le fue concedido, con lo cual se preservó el derecho de defensa y no se causó quebranto ostensible al ordenamiento judicial.

Tampoco para el Tribunal fue dolosa la actitud de la juez denunciada, pues "obró en la forma de autos por error no proveniente de negligencia que excluye la culpabilidad". Ese comportamiento erróneo lo deriva de la inveterada costumbre de los despachos laborales de Cali de no celebrar la audiencia de juzgamiento con la ritualidad legal, esto es, para proferir y notificar dentro de ella el correspondiente fallo, sino que éste se elabora previamente y lo mismo se hace con el acta de audiencia, los que, agregados al expediente, quedan a disposición de las partes en la Secretaría para que se enteren, las cuales suelen concurrir a hacerlo dentro de los días de la ejecutoria para interponer los recursos si lo estiman pertinentes.

Dicho modo de proceder, aunque no es el adecuado, sirve, por ser el usual en ese medio, para predicar en el caso presente ausencia en la juez de intención lesiva de la ley y de los intereses de las personas vinculadas al citado juicio.

Para ilustrar su criterio alude el Tribunal a los testimonios de los profesionales que se desempeñan como litigantes en el campo laboral y de los jueces del ramo de Cali, que declararon, todos los cuales confirman esa costumbre. Para tal efecto transcribe apartes de algunos de ellos.

Con fundamento en esas consideraciones y acogiendo las argumentaciones de la defensa, sintetizadas en la inocuidad de la falsedad atribuida a la funcionaria y en la ausencia de dolo en su conducta por haber obrado de buena fe atenida a una costumbre comprobada en autos, el Tribunal sobreseyó definitivamente a la doctora Llanos Herrera, decisión que es objeto de la consulta que ahora se estudia.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se revoque el sobreseimiento definitivo consultado y, en su lugar, se llame a responder en juicio criminal a la doctora Llanos Herrera por los delitos de falsedad en documento público, prevaricato y abandono del cargo (arts. 218, 149 y 156 del C. P.).

Para fundamentar su petición relaciona y concreta los elementos de prueba que obran en el proceso, de los cuales deduce que la Juez Sexta Laboral del Circuito de Cali no estuvo en su despacho a las once de la mañana del día 3 de julio de 1981, fecha que se había señalado

previamente para celebrar la audiencia de juzgamiento en el juicio ordinario laboral de Holmes Antonio Arias Caicedo contra la firma Ingenieros Civiles Asociados S. A. de México "ICA", y no estuvo porque una hora antes había tomado el avión que la transportó rumbo a Europa. Al no haber concurrido a la diligencia ni menos presidirla y, no obstante, haber registrado en el acta su presencia y supuestas actuaciones, se falseó la verdad en un documento público y se dejó de cumplir con acto propio de las funciones. Y al ausentarse sin permiso de su despacho antes de que se iniciara la licencia que le había sido concedida, incurrió la Juez en abandono del cargo.

De la siguiente manera razona el Procurador a estos respectos:

"Resulta plenamente comprobado que la mencionada Juez en la fecha anotada (3 de julio de 1981, se aclara) partió de la ciudad de Cali a eso de las diez de la mañana rumbo a Europa, sin que para ello contara con la autorización legal correspondiente (abandonó del cargo). Igualmente establecido se encuentra el hecho de que, aunque, dentro del expediente contentivo del proceso ordinario laboral de Holmes Antonio Arias Caicedo contra Ingenieros Civiles Asociados S. A. de México 'ICA' se había citado para el día 3 de julio de 1981 a las once de la mañana para que tuviera lugar la audiencia de juzgamiento, tal diligencia no se llevó a cabo por no hallarse en su sede y menos en su juzgado la Juez Llanos Herrera, lo cual constituye la omisión —por parte de la funcionaria— de un acto propio de sus funciones (prevaricato). Y demostrado se halla, en fin, que dentro del ameritado proceso laboral aparece un acta de *'diligencia de audiencia de juzgamiento'* donde se dice textualmente: 'En Cali, a los tres días del mes de julio de mil novecientos ochenta y uno, siendo el día y hora señalados para llevar a cabo la presente diligencia, la suscrita Juez Sexta Laboral del Circuito (sic) en asocio de su secretaria, se constituyó en audiencia pública... y declaró abierto el acto'. Y sigue: 'A continuación se dio lectura a la siguiente *sentencia*...' Y remata así: 'No siendo otro el objeto de esta diligencia, se termina y firma en constancia por los que en ella han intervenido'. Y firma la juez, haciendo lo propio su secretaria. Lo cual no es cierto (falsedad en documentos)".

Disiente el Procurador de los fundamentos de la decisión del Tribunal sobre todo en lo relacionado con el supuesto "error no proveniente de negligencia", pues, anota, una funcionaria de la trayectoria judicial y de la formación académica de la sindicada no podía ignorar que dejar de cumplir con una audiencia en un proceso laboral, donde la actuación toda casi que discurre dentro de esta modalidad procesal, es delictivo. Ni que, igualmente, se incurre en ilicitud penal por abandonar sin licencia el cargo que se desempeña.

Para concluir, sintetiza el Procurador de la siguiente forma la reprochabilidad de la conducta de la Juez en los tres aspectos delictivos por los que solicita que se le enjuicie:

"No debe olvidarse que las normas relacionadas con el trámite judicial de los asuntos de que conocen los jueces son de orden público, y que el desconocimiento de los ordenamientos que contienen hace que

se actúe en forma contraria a la ley (prevaricato). Y si a lo anterior se agrega que quien actúa contrariando la ley afirma en documento que ampara su autoridad que su actuación se ajusta a la norma objeto de su desconocimiento, está falseando la verdad y consignando ese falseamiento en documento público (falsedad documental). Y si a lo acontecido se agrega el hecho de que quien así actúa no estaba físicamente en el lugar en que debía encontrarse para cuando esos hechos ocurrían por haber viajado a otro sitio, se tiene que esa ausencia para la ocurrencia de la cual no habían mediado ni permiso, ni licencia, ni renuncia, está actualizando un nuevo hecho que la ley tiene como delictuoso (abandono del cargo)".

Alegato de la defensa:

En memorial dirigido a la Sala, solicita el apoderado de la doctora Llanos Herrera la confirmación del sobreseimiento de carácter definitivo proferido a su favor.

Fundamenta su petición principalmente en la ausencia de dolo con que ella actuó, ya que, además de que se presentó una anticipación en la hora de vuelo con la que ella no contaba y que no le fue posible resolver por su propia cuenta, la costumbre de los despachos judiciales Laborales en Cali es la de notificar a los interesados y a sus apoderados la sentencia, previamente redactada, por medio de la lectura que ellos hacen de la misma, generalmente en la Secretaría del Juzgado, quedando a eso reducido el formalismo de la audiencia de juzgamiento. Para apoyar esta afirmación recuerda que, a ese respecto, declararon varios Jueces del Trabajo de la ciudad de Cali y también un Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de ese Distrito Judicial, así como varios abogados litigantes en ese ramo. En este punto pone de presente el apoderado que no es que quiera justificar el incumplimiento del rito impuesto por la ley, sino recordar el modo como suele cumplirse en ese medio judicial, para destacar, por esa vía, la ausencia en la funcionaria de intención de faltar a la verdad, ni menos de perjudicar a las partes.

Como en esa forma se acostumbraba actuar, inclusive en su juzgado, cuando ella firmó a las ocho de la mañana del día 3 de julio de 1981, una diligencia de audiencia en la que consignaba un acto que debía cumplirse a las once del mismo día (proferimiento del fallo y notificación en estrados), no tuvo conciencia de estar obrando ilícitamente, ni alterando la verdad, pues esto implicaba simplemente dejar todo listo para que a esa hora se notificaran las partes del contenido de la sentencia en la forma en que generalmente lo hacían, esto es, leyéndola ellos mismos.

A este respecto expresa el apoderado:

"En la inteligencia de la Juez, las once de la mañana plasmada en el texto del acta de audiencia de juzgamiento, era la de dar lectura al texto del fallo, y esto lo cumplía el propio abogado litigante, como era lo acostumbrado. Firmarla a priori, por decirlo así, a las ocho de esa mañana, no sólo no era faltar a la verdad, sino dejar lista la sentencia, para ser leída en su hora" ..."En su mente no estuvo la con-

ciencia de una conducta ilícita y su determinación a firmarla horas antes, no fue voluntad de actuar ilícitamente, que es concepto que sobre el dolo trae el artículo 36 del Código Penal".

De otro lado, esta actitud de la Juez no irrogó perjuicio a los derechos de las partes, pues, en cuanto ellos se refieren a la interposición del recurso, el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo dispone que puede hacerse en el mismo acto de la notificación, o por escrito dentro de los tres días siguientes. En este último evento se resolverá dentro de los dos días que siguen.

En el caso que se estudia, el apoderado de la parte demandante, o sea el representante de quien luego denunció a la Juez, recurrió por escrito después de leer la sentencia. Le fue concedido y alegó ante el Tribunal.

Aunque también afirma el defensor "que la conducta es atípica, porque la aparente falta de verdad carecía de aptitud probatoria que perjudicara al demandante", no profundiza en este tema, para volver más bien sobre los aspectos de inculpabilidad y concluir en la ausencia de dolo, dada la convicción de la Juez "aparentemente errada, y en este caso invencible por causa de la costumbre impuesta por los Jueces del Trabajo al hacer audiencias de juzgamiento y notificaciones 'en estrados' en este Distrito, de que en este comportamiento no concurren las exigencias del tipo legal del artículo 219 del Código Penal para convertir su acción en un delito".

Posteriormente acompañó el defensor, a simple título informativo, una fotocopia no autenticada de la sentencia de 4 de octubre de 1982, de la cual aparece que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali confirmó la sentencia proferida por la Juez denunciada, la misma que motivó su acusación (fls. 26 a 33 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte:

El procedimiento laboral se caracteriza por los principios de oralidad, y publicidad y, respecto de la práctica de pruebas, por el de la inmediación, todo lo cual se pretende obtener por el sistema de la celebración de audiencias que, pueden ser de conciliación, de trámite y de juzgamiento. Las primeras tienen por objeto buscar el arreglo amigable del litigio; las segundas se destinan a la práctica de las pruebas y a escuchar las alegaciones de las partes; y las últimas sirven de marco procesal al proferimiento del fallo y a su notificación. El señalamiento de cada audiencia debe hacerse dentro de la inmediatamente anterior (arts. 42, 45, 52, 77, 80 y 81 del C. P. del T.).

En relación con la audiencia de juzgamiento, dispone el artículo 81 del mismo estatuto:

"Clausurado el debate, el juez podrá proferir en el acto la sentencia, motivándola oralmente; en ella señalará el término dentro del cual deba ejecutarse, y la notificará en estrados. Si no estimare conveniente fallar en la misma audiencia, lo declarará así y citará a las partes para una nueva, que deberá celebrarse dentro de los diez días

siguientes, en la cual se leerá y notificará a los interesados la sentencia" *(Subrayas fuera de texto).*

De acuerdo con este precepto tiene el Juez Laboral dos oportunidades para proferir su fallo: En la propia audiencia en que clausura el debate, y lo hace oralmente, o en una nueva cuya única finalidad es la de leerlo y notificarlo a las partes y, desde luego, como consecuencia obvia de su enteramiento, escuchar los recursos que interpongan y resolver en el mismo acto. Si del medio de impugnación se hace uso dentro del período de ejecutoria (tres días después de la notificación), se resolverá dentro de los dos que siguen (art. 66 ibídem*).*

Cuando el Juez opta por lo segundo, obviamente tiene la facultad de redactar previamente su sentencia para hacerla leer y notificar dentro de la nueva audiencia de juzgamiento.

La interpretación lapsa de esta disposición es la que ha dado ocasión a la costumbre, reprochable desde luego, a que aluden funcionarios y abogados litigantes, de realizar sólo las apariencias o meras formalidades de la audiencia, con previa elaboración del acta, como si se estuviera efectuando en verdad en la fecha y hora señalados con anticipación para ese efecto.

Casi que la única finalidad que así viene a cumplir la previa fijación de fecha es la de hacer saber a las partes qué día habrá fallo para que estén atentas a no dejar transcurrir los términos para interposición del recurso si se llegare a estimar pertinente incoarlo.

La Juez acusada se acogió en este caso al sistema de fijar una nueva audiencia de juzgamiento para leer y notificar la sentencia (fls. 78 y 79 *ibídem*). La redactó previamente y fue vertida dentro del esquema de acta también elaborado con anticipación y dejó todo listo para que las partes se notificaran, según costumbre, bien porque concurrieran dentro de la hora judicial predeterminada o dentro del término de ejecutoria.

En este punto han de ser creídas las afirmaciones de la Juez, no obstante que el denunciante y uno de quienes lo acompañaron al Juzgado de la doctora Llanos manifiestan que habiendo concurrido poco antes de las once de la mañana les dijo la Secretaria que apenas "estaba vaciando la diligencia" (fls. 1, 65 a 67 y 115 a 118 del cuaderno del Tribunal), pues hay también testimonios que respaldan la presencia de la Juez en el despacho hacia las ocho de la mañana de ese día, antes de su viaje, como los de la tía que la condujo en su automóvil para llevarla luego al aeropuerto y la de la propia secretaria (fls. 43 a 45, 49 y vto. y 115 a 118 vto. *ibídem*), y, sobre todo, porque esa era también la costumbre en ese juzgado, según lo expresan tanto la Juez como la Secretaria, y porque aquella sabía con la debida anticipación de su viaje ese día, de donde se sigue que es lógico suponer que no iría a dejar la redacción del fallo para las horas de la mañana, siendo que la fecha venía fijada desde el mes de abril de ese año (fl. 79 *ibídem*).

Conduce también a concluir en igual forma la consideración de que el acta de audiencia que contiene el fallo apareció firmada por la Juez desde ese mismo día, como lo anotan el denunciante y su acom-

pañante Antonio José Rodríguez y se comprobó en diligencia de inspección judicial. Además, la apariencia externa del mismo y la concatenación de los argumentos y su desenvolvimiento descartan la conjetura de que la funcionaria hubiera firmado únicamente para que la secretaria redactara o copiara posteriormente el cuerpo de la providencia (fls. 2, 66 vto., 81 a 86 y 116 *ibidem*).

No obstante que el denunciante y su amigo Rodríguez manifiestan que cuando se hicieron presentes en el Juzgado antes de las once de la mañana del día 3 de julio de 1981 la secretaria les informó que apenas "estaba vaciando la diligencia", todo hace pensar que ello se debió al natural temor de ésta de que notaran; de permanecer allí hasta la hora judicial, la ausencia de la Juez, por lo cual los citó para que regresaran sobre las once y media o después de las dos de la tarde, esperanzada quizás en que dejaran para enterarse del fallo el día siguiente o dentro del término de ejecutoria. Porque lo cierto es que, como se dejó analizado, hay más razones para deducir que la sentencia fue previamente firmada por la funcionaria antes de viajar a Bogotá que las que podrían apoyar la conclusión contraria.

De no haberse presentado el percance de la asignación de un vuelo en la mañana en lugar del de la tarde que era con el que la Juez contaba, todo habría transcurrido como usualmente sucedía en ese y en los otros Juzgados Laborales de Cali, o sea que, dentro de la hora judicial de las once, habrían concurrido los interesados en el juicio y se habrían enterado, leyéndolo ellos mismos, del fallo previamente redactado y firmado por la Juez y la Secretaria, o habrían dejado para hacerlo dentro del término de ejecutoria.

Esa anticipación del viaje, que no dependió de la voluntad de la Juez ni pudo ella solucionar a pesar de los esfuerzos que realizó para lograrlo, según lo confirma su amiga Luz María Campos de Balmas (fls. 54 y 55 del cuaderno del Tribunal), desvió el curso de los acontecimientos propiciando la ausencia de la Juez de su despacho y de su sede y, con ello, el temor de la Secretaria de que se advirtiera ese hecho, lo que la llevó a sugerir a los interesados presentes en el Juzgado antes de la hora judicial, que volvieran dentro de ella. Estos retornaron en las horas de la tarde, leyeron el fallo y el apoderado interpuso recurso de apelación en contra de él, que le fue oportunamente concedido. Y el proceso fue remitido al Tribunal.

En las condiciones que se dejan detalladas, se tiene que afirmar que la Juez doctora Llanos Herrera no celebró audiencia de juzgamiento con las ritualidades propias de la misma, y, por lo tanto, su fallo no fue leído y notificado en estrados, y, además, tampoco estuvo en su despacho ni en su sede a la hora judicialmente prefijada.

En esas condiciones se dan a plenitud los elementos objetivos del delito de falsedad en documento público, pues el acta de audiencia elaborada y firmada con anterioridad al momento en que se supone debió serlo, contiene además manifestaciones que no responden a la realidad. Para afirmar lo anterior existe prueba suficiente dentro del expediente.

Y no se trata de una falsedad inocua, pues esa acta tenía por finalidad acreditar la existencia de la audiencia de juzgamiento, la cual forma parte de la ritualidad procesal del juicio laboral.

Pero como el delito de falsedad requiere, además, para su estructuración jurídica, del elemento subjetivo, se impone establecer si la Juez acusada obró o no con dolo.

Varias circunstancias, debidamente comprobadas dentro del proceso, permiten deducir que la funcionaria no procedió con nociva intención al ordenar que se elaborara previamente esa acta y dejarla firmada para que dentro de la hora judicial señalada con antelación fuese puesta por la secretaría a disposición de las partes para su notificación, acto que habría de surtirse, en esta ocasión, sin su presencia en el despacho ni en su sede, por cuanto a esa hora estaría viajando a Bogotá. Esas circunstancias son:

a) La costumbre, reprochable desde luego, pero vigente en ese medio judicial según se acreditó probatoriamente, de realizar de una manera simplemente aparente la audiencia de juzgamiento, marco procesal de proferimiento del fallo.

Siguiendo ese uso entendió la Juez que no estaba vulnerando el bien jurídico de la fe pública, pues se había vuelto habitual el procesar con anticipación tanto el formato del acta como el texto de la sentencia y firmarlos, para ponerlos luego a disposición de los interesados en la secretaría para su enteramiento personal, prescindiendo de la real verificación de la audiencia en la hora señalada y de la notificación en estrados.

Por eso no creyó que su ausencia suscitara ningún problema, pues la sentencia la había proferido ella dentro de la órbita de su competencia y en ejercicio de sus funciones y la dejaba firmada, y en cuanto a su notificación, al no hacerse realmente audiencia, podía efectuarse por la secretaría y la lectura hacerla el propio interesado, como venía ocurriendo en ese y en otros despachos laborales de Cali.

De allí la respuesta que dio en su indagatoria en relación con la pregunta de por qué no había suspendido la notificación del fallo ante la evidencia de que no iba a estar presente en la oficina al momento de surtirse: "Porque como la sentencia ya estaba dictada y lo que faltaba era labor de secretaría no vi que mi ausencia o inasistencia fuera a generar problemas" (fl. 21 vto. del cuaderno del Tribunal);

b) El hecho de haber tenido que viajar en las horas de la mañana del día viernes 3 de julio de 1981, en lugar de hacerlo en las horas de la tarde, no dependió de la voluntad de la Juez y se constituyó para ella en una situación prácticamente insuperable, al no haber podido obtener cupo en un vuelo vespertino, no obstante sus esfuerzos para lograrlo.

Así planteada la situación, la funcionaria no encontró alternativa diferente de esta a que acudió, pues la de esperar hasta la hora de la audiencia para verificarla o para tomar dentro de ella la decisión de aplazarla la exponía a perder la conexión con el vuelo que de Bogotá

la llevaría a Europa dentro de la excursión de los coros de la Universidad del Valle con la cual viajaba;

c) Fuera de que no podía tomar válidamente la decisión de aplazamiento por fuera del marco de la audiencia, pues esto ha de hacerse solamente dentro de ella, como lo dispone el artículo 45 del Código Procesal del Trabajo de la siguiente manera: "Antes de terminarse toda audiencia, el Juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente", tal aplazamiento dilataba en perjuicio de las partes la decisión del litigio ya que, dado el volumen de trabajo de los despachos laborales, el calendario de audiencias se mantiene copado. En el presente caso, los señalamientos para la celebración de la audiencia de juzgamiento lo fueron para fechas apreciablemente distantes. La primera fijación se hizo el 20 de octubre de 1980 para el 3 de abril de 1981, y la segunda fue del día 3 de abril de 1981 para el 3 de julio de ese mismo año (fls. 78 y 79);

d) Al proferir la sentencia en la forma en que lo hizo la doctora Llanos, esto es, siguiendo la costumbre de redactarla y firmarla previamente para que luego se enteraran de ellas los interesados durante la hora judicial señalada para la audiencia o dentro del término de ejecutoria, no procedió con ánimo de perjudicar a una de las partes o de beneficiar a la otra, ni irrogó efectivamente daño a ninguna de ellas, ya que cuando se difiere el fallo para posterior audiencia, como se hizo en este caso, el único objeto de ella, según se desprende del contenido del artículo 81 del Código Procesal del Trabajo es el de leerlo y notificarlo a los interesados, a fin de que, enterados de él, hagan uso del derecho de recurrir. Pero la oportunidad para su ejercicio no es única y preclusivamente esa, sino que el mismo estatuto permite, en su artículo 66, que lo hagan en forma igualmente válida dentro de los tres días siguientes a la notificación, en este evento, por escrito.

Dice la citada norma:

"Apelación de las sentencias de primera instancia. Serán también apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, de palabra en el acto de la notificación, o por escrito, dentro de los tres días siguientes; interpuesto en la audiencia, el juez lo concederá o denegará inmediatamente; si por escrito, resolverá dentro de los dos días siguientes".

El actor en el caso que ocupa a la Sala interpuso en la última forma el recurso de apelación contra la sentencia dictada de la manera a que se ha aludido repetidamente, y le fue concedido oportunamente y se remitió el expediente al Tribunal.

Así se estableció en diligencia de inspección judicial y también se acreditó con la siguiente constancia del Tribunal dirigida al Juez Instructor:

"En relación con el oficio de la referencia, respetuosamente me permito informar a usted que el proceso ordinario de Holmes Antonio Arias Caicedo contra Ingenieros Civiles Asociados S. A. de México 'ICA', recibido en esta secretaría el 21 de julio de 1981 por apelación

interpuesta por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia número 086 de fecha 3 de julio de 1981, dictada por el Juzgado Sexto Laboral de Cali, quedó radicado a folio 335, bajo partida número 14284 del libro respectivo; con fecha 27 de agosto de 1981 se celebró audiencia de trámite dentro de la cual se oyeron las alegaciones de las partes, y actualmente se encuentra al estudio del honorable Magistrado doctor Germán H. Maya U. para fallo. Atentamente, Santiago Astudillo. Secretario" (fls. 111 y 114 del cuaderno del Tribunal).

Al obrar así el apoderado de la parte demandante, o sea de quien después denunció penalmente a la Juez, no solamente hizo uso de su derecho de impugnar el fallo, sino que le reconoció su formal validez, la que también le mantuvo el Tribunal, como se colige de la sentencia de segunda instancia contenida en copia informalmente acompañada al proceso penal por el defensor de la sindicada.

No sufrió, por tanto, detrimento el derecho de defensa del demandante en ese juicio laboral, porque, además de lo comentado, su apoderado había presentado desde el día 19 de junio de 1981 el alegato de conclusión el cual entró a formar parte del expediente en sus folios 191 a 196, como se comprobó en diligencia de inspección judicial (fl. 113 vto. del cuaderno del Tribunal).

Tampoco enervaba la actuación de la Juez las posibilidades de dicha parte o de la demandada de llegar a solicitar una aclaración o adición de la sentencia o la corrección de un error aritmético, pues las primeras tienen cabida dentro del término de la ejecutoria, no necesariamente en el momento mismo de la notificación en estrados, y las inexactitudes de carácter puramente aritmético pueden ser enmendadas en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte. Así lo disponen los artículos 309, 310 y 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por extensión analógica en el campo laboral, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo.

Las precedentes consideraciones dan atendible respaldo a la siguiente manifestación de la Juez en su indagatoria:

"Además quiero recalcar que en ningún momento tuve la intención de violar norma de derecho alguna, ni de causar ningún daño a las partes, pues se hizo y se actuó como siempre se hace con respaldo en una interpretación jurídica" (fl. 22 del cuaderno del Tribunal).

Tan alejado estaba de su intención el propósito de perjudicar al demandante o de beneficiar al demandado que existe constancia en el expediente de que el primer aplazamiento de la audiencia de juzgamiento se hizo por solicitud del primero, que acogió la Juez doctora Llanos Herrera, para que pudiera practicarse una prueba en el Consulado de Colombia en la República del Ecuador, considerada de especial valor, la cual efectivamente fue decretada y recepcionada (fls. 79, 80 y 113 vto. del cuaderno del Tribunal).

Sobre el elemento subjetivo en el delito de falsedad en documento público ha dicho la Sala:

"El dolo propio de la falsedad en documentos públicos cometida por funcionario público con abuso de sus funciones consiste esencialmente en el conocimiento de que se está apartando en materia grave de las normas que reglamentan su actuación oficial y la intención de hacerlo así aun cuando no persiga un fin específico distinto a ese.

"En la presente oportunidad la Corte reitera ese concepto, ampliándolo para decir que los funcionarios públicos ora por disposición expresa de la ley ya por la naturaleza misma de sus funciones tienen el deber primordial de decir la verdad en los escritos que, en ejercicio de ellas elaboran.

"....

"Basta entonces, para que exista dolo en los casos de alteración de la verdad por los funcionarios públicos en los documentos por ellos elaborados en ejercicio de sus funciones y que tengan importancia probatoria, como suelen tenerla la mayor parte de ellos, que se den cuenta sus autores de que están produciendo un engaño y de que el error al que están induciendo a la colectividad en general y a los interesados en particular, tiene repercusiones jurídicas.

"Es lo que dice Mirto en frase concisa que vale la pena reproducir: 'En la materia de la falsedad en documentos públicos el agente debe representarse que de la falsedad consumada debe dirivarse un engaño sobre una situación jurídica que tiene eficacia respecto al contenido del documento y, a pesar de tal representación, debe querer el engaño sobre esa situación jurídica' (La Falsitá in Atti, pág. 493).

"Como se ve, el dolo en la forma de falsedad que se viene examinando no consiste en el solo conocimiento de faltar a la verdad sino que se amplía hasta el de las consecuencias jurídicas del actor" (Auto de enero 18 de 1979, Magistrado ponente doctor Luis Enrique Romero Soto).

Como lo afirmó la funcionaria en su indagatoria y se ha venido analizando en esta providencia, no tuvo ella conciencia de que, al proceder de esa forma, adulteraba la verdad probatoria objeto de la audiencia de juzgamiento, ni vislumbró consecuencias jurídicas perjudiciales de su acto.

La costumbre la indujo a pensar que la verdad vinculada a esa clase de audiencias de juzgamiento, señaladas para un posterior pronunciamiento del fallo, se reducía a ponerlo ese día y hora a disposición de las partes en la Secretaría para que se enteraran de él por propia lectura como acostumbraba hacerse, bien en las mismas fecha y hora indicadas como las de la diligencia, o ya dentro del término de ejecutoria.

Estimó ella que proferida de esa manera la sentencia y notificada de esa forma produciría, como las habían producido los demás fallos en iguales circunstancias, sus naturales consecuencias jurídicas. Y en verdad que su sentencia las generó, pues tan válida la apreció la parte afectada que recurrió de ella y no alegó, al parecer, su nulidad, como se colige de la lectura de la decisión confirmatoria de segunda

instancia, contenida en copia informal que hizo llegar con destino al proceso penal el apoderado de la Juez sindicada.

La buena fe con que actuó, originada en la costumbre vigente en ese medio judicial y motivada además por una circunstancia inesperada y prácticamente insuperable como fue la anticipación del vuelo, excluyen el deliberado propósito de faltar conscientemente a la verdad y deja, por lo mismo, sin piso jurídico el elemento subjetivo del delito de falsedad que se le atribuyó.

Tampoco encuentra la Sala que se configuren en el caso de la doctora Llanos Herrera los ilícitos de prevaricato por omisión y abandono del cargo que igualmente han sido predicados del comportamiento suyo, objeto de la investigación.

Respecto del de prevaricato cabe decir, además de lo que se relacionó como causa del proceder de la Juez, que no tuvo intención de omitir un acto propio de sus funciones al no llevar a cabo con su auténtica ritualidad la audiencia de juzgamiento.

Entendió ella que de esa manera cumplía con su obligación de Juez al proferir la sentencia y que ésta tenía perfecta validez y que el enteramiento a las partes de su contenido para efectos del recurso de apelación que estimaren oportuno interponer podía hacerse también válidamente en esa forma consagrada por la costumbre seguida en casos similares por funcionarios y litigantes.

Para poder afirmar su ánimo omisivo se requeriría probar que obró de esa forma conscientemente de que su actuación carecía de validez jurídica y que las partes estaban siendo objeto de burdo engaño traducible en una inexistencia del acto aparentemente realizado.

Pero como se ha analizado al estudiar el cargo por falsedad, ella procedió con la creencia contraria, esto es, con el claro convencimiento de que estaba fallando el litigio en forma válida.

La buena fe con que obró, en los términos atrás estudiados, aleja también en este caso el aspecto doloso del comportamiento.

En cuanto al presunto delito de abandono del cargo, su voluntad de no dejarlo acéfalo con perjuicio de las funciones propias del mismo quedó evidenciada en su solicitud de licencia para dar ocasión a que un reemplazo entrara a desempeñarlo, hasta tanto volviera ella a reintegrarse como era su intención.

Esa licencia la solicitó y le fue concedida por el término de un mes contado a partir del lunes 6 de julio de 1981 y en esa misma fecha tomó posesión el reemplazo (fls. 69 vto. y 91 del cuaderno del Tribunal).

De acuerdo con sus planes esperaba permanecer en el despacho hasta las horas de la tarde del día viernes 3 de julio de ese año y atender a los compromisos del Juzgado, entre ellos el de la audiencia de juzgamiento, de tal manera que no quedara nada pendiente para la mañana del sábado.

La anticipación del vuelo la obligó a viajar en las horas de la mañana, pero no existe comprobación de que hubiese habido trastorno

en el normal funcionamiento del despacho, aparte del que es motivo de esta investigación.

En esas condiciones, no habiendo procedido con conciencia de que el despacho se perjudicaba con su ausencia durante ese día y medio no cobijados por la licencia, y mediando la circunstancia ajena a su voluntad de la anticipación del vuelo, desaparece el aspecto delictivo de la conducta, quedando en pie las posibles consecuencias de orden disciplinario de la misma.

El Tribunal adoptará las medidas pertinentes para que se adelante la correspondiente investigación disciplinaria y se tome la decisión que correspondiere en ese campo.

La calidad de Juez de la doctora Llanos Herrera por la época en que sucedieron los hechos investigados está debidamente establecida con los documentos que acreditan su nombramiento, confirmación y posesión como Juez Sexta Laboral del Circuito de Cali (fls. 10 vto., 11 y 12 del cuaderno del Tribunal).

De otra parte no existe en el expediente constancia en cuanto antecedentes penales o disciplinarios de la doctora Llanos. Su conducta está acreditada como correcta y hay igualmente testimonio respecto del desempeño responsable de sus funciones como Juez (fls. 46 vto., 50 vto., 60, 73 y 92 del cuaderno del Tribunal).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *confirma* el auto consultado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali adoptará las previsiones a que se refiere la parte motiva de este proveído en relación con los aspectos disciplinarios del comportamiento de la Juez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º VEREDICTO. SENTENCIA

Al juez del conocimiento o al Tribunal en su caso, compete determinar el real sentido del veredicto. Una vez establecido que la respuesta no es contradictoria, esto es, que entre las cláusulas que la conforman no existe oposición lógica que la haga inexistente, procede analizar si ella no contraría la verdad que muestra la prueba. En el caso de que el veredicto no sea contradictorio ni contraevidente, constituye el necesario sustento de la sentencia

2º INTERPRETACION DEL VEREDICTO

A los miembros de un jurado popular no puede exigírseles el empleo de expresiones técnicas o frases sacramentales; sin embargo esto en manera alguna significa que la amplitud interpretativa permita al juez de derecho crear la respuesta o so pretexto de desentrañar su alcance, hacerle decir cosas que no se deducen de su texto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 55 de junio 21 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Medellín* confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Cuarto Superior de aquella ciudad contra el procesado *Jesús Antonio Torres Monsalve, por el delito de homicidio.* Contra esa decisión interpuso el condenado el recurso extraordinario de casación que fue oportunamente concedido y declarado admisible por la Corte. Presentada en término la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones formales previstas por la ley y recibido el concepto del Ministerio Público, se procede a resolver.

Hechos:

Con sujeción a la realidad procesal fueron narados por el juzgado del conocimiento en la siguiente forma: "Cuando descontaba una

de las tres condenas que se le habían impuesto, una por lesiones corporales y dos por 'robo' o hurto calificado, Aníbal de Jesús Velásquez Barrientos (alias El Parroquiano) se evadió de la cárcel de Segovia y pasó al paraje 'El Aporriado' en zona rural de Remedios (Antioquia) donde a la vez que huía de las autoridades se dedicaba a amedrantar a los vecinos diciéndoles que pertenecía a las FARC o a un grupo subversivo armado cuyo jefe dizque era Jesús Antonio Torres Monsalve (alias Toño Pelos), más que todo con el fin de obtener alimentación gratuita. Enterado de estas falsas afirmaciones, Torres Monsalve, quien también había purgado tres condenas, todas ellas por hurto de ganado mayor, prometió matar a Velásquez Barrientos y se dispuso a buscarlo. En la tarde del miércoles 10 de septiembre de 1980, a eso de las tres, se encontraron al parecer coincidencialmente cuando en sentido contrario iban por el camino de 'El Aporriado', y luego de un fugaz llamado de atención Torres Monsalve disparó su escopeta hacia Velásquez Barrientos que estaba a 6.50 metros de distancia. Los proyectiles penetraron por la espalda de éste debido a que en ese momento dio media vuelta para huir, y después de caer mortalmente herido su agresor le propinó tres machetazos en el cráneo. A la una de la tarde del día siguiente la Alcaldía de Segovia diligenció allí mismo el levantamiento del cadáver gracias al aviso dado por el propio homicida que fue a despedirse de su familia y se presentó voluntariamente al Comando de la Policía en las horas de la tarde del 12 de septiembre, es decir, dos días después de la acción criminosa".

Actuación procesal:

El Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios inició la investigación por auto del 15 de septiembre de 1980.

El mismo Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios recibió la diligencia de indagatoria del procesado Jesús Antonio Torres Monsalve; el 16 de septiembre de 1980 y, posteriormente, por auto del 20 de septiembre del mismo año dictó en su contra auto de detención preventiva.

El proceso correspondió en reparto al Juzgado Cuarto Superior de Medellín que clausuró la etapa investigativa el 19 de enero de 1981. Ese mismo juzgado, atendiendo la opinión de su colaborador fiscal, llamó a responder en juicio criminal a Torres Monsalve por el delito de homicidio simplemente voluntario, en decisión del 16 de marzo de 1981.

Apelado el auto enjuiciatorio fue confirmado integralmente por el Tribunal Superior de Medellín por medio de providencia del 26 de agosto de 1981. El fiscal del Tribunal había pedido la confirmación integral del auto de proceder.

Tramitada la causa dentro de la cual se practicaron algunas pruebas se verificó la diligencia de audiencia pública el 1º de abril de 1982. El veredicto que se sometió a la consideración de los miembros del jurado y sus respuestas fueron del siguiente tenor:

"El acusado Jesús Antonio Torres Monsalve (a. Toño Pelos) es responsable de haber lesionado intencionalmente y con el propósito de matar, empleando armas de fuego y cortocontundentes (escopeta y machete o peinilla), a Aníbal de Jesús Velásquez Barrientos (a. Parroquiano) a consecuencia natural y directa de lo cual falleció este. Los hechos ocurrieron así: El lesionamiento, a eso de las tres de la tarde del miércoles 10 de septiembre de 1980 en el paraje 'El Aporriado', zona rural del municipio de Remedios (Antioquia); y la muerte, minutos después en el mismo lugar.

"Respuesta del jurado: Sí es responsable pero su acción se originó en el comportamiento general de la víctima con el sindicado".

El Juzgado Cuarto Superior de Medellín acogió el veredicto del jurado y en la sentencia del 6 de mayo de 1982 condenó a Torres Monsalve a la pena de nueve años de prisión y las pertinentes penas accesorias, por el delito de homicidio voluntario que había dado lugar al auto encausatorio.

Apelada esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en decisión del 5 de julio de 1982.

La demanda de casación:

El representante judicial del condenado pretende que el fallo que puso fin al proceso se case y para ello presenta dos cargos diferentes contra la sentencia, el primero con apoyo de la causal segunda y el segundo con base en la causal primera de casación.

Para sustentar el cargo basado en la causal segunda de casación, parte de la afirmación de que el jurado de conciencia en su respuesta reconoció la específica circunstancia de atenuación punitiva que consagraba al artículo 28 del Código Penal de 1936 y que el vigente regula en su artículo 69.

Estima que cuando los jueces de hecho en forma unánime respondieron a la cuestión que les fue planteada de manera afirmativa pero con el agregado de que "su acción se originó en el comportamiento general de la víctima con el sindicado", reconocieron el estado emocional aminorante, pues aún cuando la cláusula empleada no encaja de manera exacta dentro de las atenuantes del Código, no puede desconocerse su contenido por el apego a su expresión literal. Además, esta atenuante fue deprecada por el defensor dentro de la diligencia de audiencia pública, de modo que si el jurado no hubiera aceptado este planteamiento de la defensa le habría sido suficiente con responder de manera simplemente afirmativa.

De otra parte si el veredicto es confuso y da lugar a diversas interpretaciones, lo indicado es declararlo inexistente o, de lo contrario, resolver la duda en favor de los intereses del procesado, dándole a la veredicción la interpretación más benigna.

El cargo formulado con base en la causal primera de casación es consecuencia de los planteamientos anteriores. Estima que la sentencia acusada violó directamente la ley sustancial "...bajo la modalidad

de falta de aplicación del artículo 28 del Código Penal de 1936 y de aplicación indebida del artículo 263 del Código Penal de 1936".

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que sean desestimadas las pretensiones del recurrente, pues no hay razón alguna para considerar que el agregado incluido en el veredicto, tenga el alcance de reconocer un estado de ira o de intenso dolor causados por grave e injusta provocación de la víctima.

El procesado no manifestó "...que hubiera actuado en la forma conocida a causa de que le acompañaba un estado de ira o de dolor a que había dado origen la conducta del occiso. No lo dijo a la justicia, ni lo hizo conocer de las diferentes personas con quienes tuvo oportunidad de hablar con relación al occiso y los hechos cometidos por éste en su contra. Por el contrario, lo que a muchas de tales personas expuso fue su intención de darle muerte, simple y llanamente".

La adición que el jurado hizo a su respuesta no indica necesariamente la vivencia de los estados emocionales de que trata el ordenamiento, sino que indica que el hecho se originó en la manera general de conducirse la víctima respecto del victimario, lo que produjo en él deseos homicidas "...pero sin que éstos tuvieran un fundamento emocional, sino más bien un estado de alma vindicativo o retaliativo".

Para la delegada el estado de ira no existe ni de la respuesta del jurado se deduce ese estado de ánimo, de modo que mal puede afirmarse que la sentencia se haya dictado con desconocimiento del veredicto.

En cuanto al segundo cargo estima que no es sino consecuencia del primero, además, con presentación antitécnica. Por lo tanto, pide que se deseche.

Consideraciones de la Corte:

Por mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos con intervención del jurado, la sentencia deberá dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél hubiere dado respecto de los hechos sobre los cuales versó el debate.

Ocurre, no obstante, que con alguna frecuencia las respuestas del jurado no se limitan a afirmar o negar simplemente la responsabilidad del procesado, sino que, con la autorización del artículo 535 del estatuto procesal penal, hacen calificaciones o adiciones cuyo alcance y significado en algunas ocasiones pueden ser difícilmente precisados. Por tal razón al juez corresponde la realización de una tarea de hermenéutica a fin de establecer de manera indubitable el sentido de la veredicción, para luego acomodar la respuesta a las disposiciones legales.

Esa necesaria labor de interpretación del veredicto debe realizarse cuidadosamente a fin de no traicionar la voluntad de los jueces

de hecho, ya que en el caso de que ella sea desconocida, la sentencia no se dictaría de acuerdo con la veredicción como lo ordena el artículo 519 citado, sino de conformidad con la personal apreciación del juez de derecho, desnaturalizando de este modo el juzgamiento por el sistema de jurados de conciencia.

Al juez del conocimiento, o al Tribunal en su caso, compete determinar el real sentido del veredicto. Una vez establecido que la respuesta no es contradictoria, esto es, que entre las cláusulas que la conforman no existe oposición lógica que la hagan inexistente, procede analizar si ella no contraría la verdad que muestra la prueba. En el caso de que el veredicto no sea contradictorio ni contraevidente, constituye el necesario sustento de la sentencia.

las adiciones que el jurado hace a su respuesta, cuando estima que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario, deben ser aceptadas en la medida en que no hagan que el veredicto sea contradictorio o contraevidente y siempre que su conclusión se traduzca en consecuencias con sentido jurídico, especialmente cuando su reconocimiento tiene incidencias en el plano de la responsabilidad o en el campo de la pena.

Cuando los mencionados agregados carecen de sentido jurídico o cuando invaden órbitas vedadas al jurado, el juez puede hacer caso omiso de ellos sin que por esto desconozca la potestad juzgadora de los jueces populares. En efecto, serían del todo irrelevantes las cláusulas de la veredicción que hicieran referencia a la punibilidad, pues éste es un tema que la ley ha deferido al juez de derecho; a las cláusulas que carecen por completo de trascendencia jurídica, coma aquellas que se limitan a dar consejos al juzgador, o las que cualifican una respuesta negativa, o las simplemente reiterativas o repetitivas o, finalmente aquellas que, correctamente interpretadas, no se traducen en consecuencias con alcance jurídico penal.

En el caso que ahora ocupa a la Sala se afirma por el casacionista que la sentencia no se dictó de acuerdo con el veredicto del jurado, por cuanto éste al responder el cuestionario con la frase "Sí es responsable pero su acción se originó en el comportamiento general de la víctima con el sindicado", reconoció que el procesado había actuado en un estado de ira o de intenso dolor causados por grave e injusta provocación, circunstancia aminorante de la pena que no se tuvo en cuenta en la sentencia.

No asiste razón al impugnante pues ni con muchos esfuerzos de imaginación puede deducirse que la respuesta dada por el jurado equivalga a la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 28 del Código Penal de 1936, y que ahora consagra el artículo 60 del vigente estatuto.

No existe en esa respuesta una sola expresión que permita darle el alcance que pretende el recurrente, pues como lo advierte el Procurador Delegado la frase incluida en el veredicto "...es explicación que no necesariamente indica la vivencia de los estados emocionales de que tratan tales normas legales, sino que indica que el suceso tuvo su génesis en la manera 'general' de conducirse la víctima respecto de su victimario, lo que produjo en él deseos homicidas, pero sin

que estos tuvieran un fundamento emocional, sino más bien un estado de alma vindicativo o retaliativo".

Con relación a la interpretación del veredicto la jurisprudencia ha tenido una notoria evolución, pues ciertamente a los miembros de un jurado popular no puede exigírsele el empleo de expresiones técnicas o frases sacramentales; sin embargo, esto en manera alguna significa que la amplitud interpretativa permita al juez de derecho crear la respuesta o so pretexto de desentrañar su alcance, hacerle decir cosas que no se deducen de su texto.

Lo ideal es que la respuesta esté en absoluta conformidad con las disposiciones legales a las cuales quiso hacerse referencia, pero como esto no siempre se logra, puede llegarse a la conclusión de que el jurado pretendió reconocer una determinada circunstancia en la medida en que las cláusulas en que aparece vertida la veredicción, interpretadas en relación con los hechos oportunamente demostrados y con los debates suscitados en la audiencia, lleven a la inequívoca conclusión de que esa fue la voluntad de los jueces de conciencia.

Este es el alcance de las sentencias de 14 de noviembre de 1975 (G. J., Tomo CLI, núm. 2392, pág. 462), del 20 de noviembre de 1980 y del 31 de mayo de 1983, no publicadas. En tales providencias no se exigió para el reconocimiento del delito emocional, fórmulas de estricto contenido, siempre que de ellas pudiera deducirse que el sujeto había actuado dentro de los supuestos legales que estructuran la atenuante y en la medida en que los hechos y el debate permitieren llegar a esa razonable convicción.

Como en el presente caso no puede afirmarse que el jurado reconoció la circunstancia de atenuación a que alude el recurrente, pues la frase adicional a la respuesta afirmativa es de aquellas que carecen de significación jurídico penal, es obvio que la sentencia se dictó de conformidad con la veredicción, razón que impide la prosperidad del recurso con fundamento en la causal segunda de casación.

Deberá así mismo desestimarse el cargo planteado con apoyo en la causal primera de casación, pues no hay razón alguna para afirmar que se dejó de aplicar el artículo 26 del Código Penal de 1936, habida cuenta de las razones que se consignaron en precedencia. Además no se ve el motivo por el cual el impugnante considera que se aplicó indebidamente el artículo 362 del mismo Código, cargo que en manera alguna aparece demostrado en la demanda.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INIMPUTABLES.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

Ninguna de las causales señaladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, resultan ajenas o incompatibles en casos de procesados que al momento de ejecutar un hecho descrito por la ley penal, padecían de inmadurez sicológica o trastorno mental. Tal vez aparezcan como más pertinentes, como más angustiosamente conducentes

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 55 de junio 21 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de nueve de febrero del año en curso, condenó a *Johnnatan Kennedy,* como autor del delito de homicidio, a "dos (2) años, como mínimo, en un establecimiento psiquiátrico oficial".

Oportunamente se interpuso el recurso de casación.

La Sala ha entendido (febrero 8 de 1983, mag. po. Luis Enrique Romero Soto; marzo 28 de 1981, mag. po. Darío Velásquez Gaviria) que, a los fines de este recurso, así como para los atinentes al grado de jurisdicción denominado consulta, interesa no tanto la naturaleza y duración de la sanción impuesta, como sí la posibilidad sancionatoria que al respecto ofrezca el delito que da lugar a la misma, siempre y cuando que con ella se afecte la libertad personal y corporal del sentenciador.

El actual Código Penal, en el caso de sentenciados a medida de seguridad (inmadurez sicológica o trastorno mental, art. 31), no correlaciona de modo fatal ni su duración ni su naturaleza a la índole del delito. O sea, que el juzgador puede recurrir a una de las tres especies indicadas en el artículo 53, cualquiera sea la ejecución del hecho legalmente descrito en el Código Penal. Claro que esta determinación será orientada, de modo primordial, por las características sicosomáticas del procesado debiéndose atender lo preceptuado en

los artículos 94 y 95 del Código Penal, y, de manera secundaria y complementaria, por la índole de lo que, para un procesado normal, se estimaría como hecho delictuoso.

Ahora bien, la regulación del Código de Procedimiento Penal sobre el recurso de casación, debe adecuarse en forma tal que corresponda a los aspectos básicos de la institución, para que ni se desvirtúe su razón de ser y finalidad, ni aparezca negado para situaciones procesales de obligatoria asimilación.

Es así como el artículo 589 del Código de Procedimiento Penal impone como requisitos: que la decisión tenga el carácter de sentencia; que sea de segunda instancia; que la haya proferido un Tribunal Superior; y, finalmente, el delito que la causa tenga señalada, en la respectiva disposición, pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Esto último podría mirarse como ajeno al caso en estudio por tratarse de una medida de seguridad y no de una pena. Pero debe observarse cómo la comentada norma dirige su atención al delito (hecho legalmente descrito como tal) investigado, prescindiendo de si se trata de persona imputable o inimputable. Y no hay duda alguna que las medidas de seguridad especificadas en el artículo 93, tienen que referirse en su aplicación a hechos considerados por el Código Penal y conforme a la denominación que a estos les dé. Por eso el llamamiento a juicio y la sentencia condenatoria no pueden desentenderse de este aspecto y deben esclarecer lo relacionado con la tipicidad, análisis rígidamente jurídico indiferente a las condiciones siquicas del acusado. No es dable llegar a entender como inexistente una conducta, desde este punto de vista, cuando el incriminado aparece como imputable, y afirmar lo contrario, en igual análisis, si se trata de persona inimputable. Sería la más torpe y bastarda de las responsabilidades objetivas, pues se constituiría en hecho merecedor de medida de seguridad, por ejecutarlo un inimputable, lo que no se sancionaría como delito de realizarlo un imputable. O sea que, para aquellos, no contaría la doble garantía de la tipicidad y la antijuridicidad.

Conviene repetir que, en esta clase de procesos, los fallos siempre se remiten al reconocimiento de un hecho como típico, prescindiéndose en esta consideración, de las condiciones mentales del procesado. Las connotaciones que a este último respecto puedan surgir, tendrán valor para los efectos de deducir una pena o una medida de seguridad. Y como la ley de procedimiento se refiere, para efectos de la casación, al límite máximo de sanción del delito (la imponible), evaluación abstracta, sino determinaciones concretas vinculadas a su duración (la impuesta) o a la persona del sentenciado, la referencia resulta clara y simple.

En el evento estudiado se tienen que el hecho fue denominado homicidio y éste tiene como sanción, que afecta la libertad personal, de diez a quince años de prisión (antes: ocho a catorce años de presidio). No puede negarse, entonces, la procedencia del recurso interpuesto.

Debe advertirse, además, que ninguna de las causales señaladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, resultan ajenas o incompatibles en casos de procesados que, al momento de ejecutar

un hecho descrito por la ley penal, padecían de inmadurez sicológica o trastorno mental. Tal vez aparezcan como más pertinentes, como más angustiosamente conducentes. Si es posible admitir grados de injusticia en una sentencia violatoria de la ley sustancial o procedimental, esa mensura contaría en favor de esta clase de condenados. La equidad de la decisión sería más significativa para el enfermo mental o el inmaduro sicológico, expuesto a los rigores de un fallo que contraría el derecho y la ley.

De ahí, entonces, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declare *admisible* el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de 9 de febrero del año en curso, emitida en proceso adelantado a Johnnatan Kennedy.

Córrase traslado al recurrente por el término de treinta (30) días para que presente la correspondiente demanda.

Para la notificación personal de esta providencia al recurrente, se comisiona al Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Salvamento de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De conformidad con el artículo 67 del Código Penal anterior, la libertad vigilada consistía, para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato, por un tiempo no menor de dos años y según el artículo 97 del actual, en la accesoria de imponerles la restricción de residir en determinado lugar, no concurrir a otros y presentarse ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres años, lo que significa que la sanción imponible, lejos de ser *privativa* de la libertad, como lo exige el artículo 569 del Procedimiento Penal para la procedencia del recurso de casación, *deja en libertad al condenado* con, apenas, unas pocas restricciones.

Luego, si la sanción legalmente establecida para los inimputables no permitía en el Código anterior, ni en el actual, el recurso extraordinario de casación, por ser éste procedente sólo en los casos en los que la sanción es *"privativa* de la libertad *cuyo máximo* sea o exceda de cinco años", me parece incuestionable que mientras la ley no establezca sanciones *privativas de la libertad* para los delitos cometidos por las personas a que se refería el artículo 29 del Código Penal anterior o los artículos 94 a 96 del actual, o mientras, cuando menos, no aumente la duración de las medidas de seguridad *a un mínimo de cinco (5) años,* ninguno de cuyos eventos ha ocurrido hasta ahora, el recurso de casación carece de todo fundamento legal.

Me resulta desde todo punto de vista inaceptable, de otra parte, que pueda considerarse a las personas que cometen el hecho en los casos del artículo 29 del Código anterior o en los casos de los artículos 94 a 96 del actual, como personas anormales para efectos de la sanción que es posible imponerles (medida de seguridad) y, sucesiva o simultáneamente, como seres perfectamente normales cuando de decidir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación se trata, (penas de arresto o de prisión), ambivalencia jurídica claramente insostenible.

Si, en suma, la sanción imponible no es privativa de la libertad ni, tampoco, disposición legal alguna señala que el máximo de aquella sea o exceda de cinco (5) años, resulta indubitable que no se dan los presupuestos expresamente señalados en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal para la procedencia del recurso.

Por ello propuse a la Sala, en el proyecto desestimado por ésta, que declarara inadmisible el recurso interpuesto por la señora Fiscal Catorce del Tribunal de Bogotá.

Como este criterio mío, reiteradamente rechazado por la Corte, tampoco fue acogido en este asunto, muy comedidamente salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Junio 24 de 1983.

DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSAS QUE ELIMINAN LA ANTIJURIDICIDAD DE AQUELLAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD

En el caso de que se den las primeras, el hecho objetivamente no es delictivo, mientras que si se da alguna de inculpabilidad, el hecho sigue siendo objetivamente delictuoso pero no reprochable para quien lo ha realizado y en su actuar ha concurrido alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 57.

Vistos:

Entre los Jueces Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo y Sexto Superior de Tunja se ha trabado un conflicto negativo de competencias, pues cada uno de ellos estima que el otro es competente para conocer del proceso que por los delitos de falsedad y fraude procesal se adelanta contra el señor *Rafael Antonio Jiménez Espitia.*

Hechos:

Se sindica al indagado de haber elaborado una declaración de renta para el año gravable de 1981 que presentó en Duitama, con el fin de obtener un certificado de paz y salvo. Este sindicado previamente había presentado su declaración de renta para ese año gravable, en la ciudad de Tunja y debía por concepto de impuestos de renta y complementarios una suma superior a cien mil pesos. El paz y salvo obtenido en la ciudad de Duitama previo pago de impuestos por cien pesos fue utilizado para la suscripción de una escritura pública en la ciudad de Bogotá y para participar en una licitación en Tunja.

Resultandos:

1º El señor Juez Segundo Superior de Santa Rosa estima que los hechos investigados representan la comisión de varios delitos, pues

en la ciudad de Duitama se obtuvo la expedición de un paz y salvo falso, pero los fines perseguidos por esa conducta medio, fueron alcanzados en las ciudades de Bogotá y Tunja, ya que tal documento apócrifo fue utilizado en la primera de estas ciudades para elevar un contrato a escritura pública, y en la segunda, con fotocopia autenticada del mismo paz y salvo, se intervino en una licitación pública en la que a la postre resultó beneficiado el titular.

El aludido paz y salvo "...aunque auténtico en razón de su procedencia, es completamente falso en su contenido", pues fue expedido a una persona que por concepto de impuestos adeudaba una importante suma al fisco nacional. Este delito se cometió en Duitama, pero a más de ello se cometieron atentados contra la fe pública en Bogotá y Tunja, por uso de documento público falso.

De modo que como el proceso trata de hechos cometidos en diversos lugares debe conocer a prevención el Juez Superior de Tunja, competente por la naturaleza del hecho, pues en esta ciudad se formuló la denuncia, se practicaron las diligencias preliminares y se abrió la investigación. También ante un Juez de Instrucción Criminal de Tunja se presentó el sindicado para someterse a indagatoria y fue el Juez Sexto Superior de esta ciudad quien primero aprehendió el conocimiento de la sumaria.

2º Por su parte el Juez Sexto Superior de Tunja considera que "...no es cierto, hablando en un sentido jurídico penal, que sea falso el paz y salvo obtenido en la Recaudación de Impuestos Nacionales de Duitama...", pues del "...contexto mismo del artículo del Código Penal, que tipifica y sanciona el delito de uso de documento público falso, se desprende con claridad que no se trata del uso de un documento falso en sentido vulgar, sino de un documento falso desde el punto de vista penal, de un documento falso con relievancia jurídica, que haya nacido de otro delito de falsedad..."

Estima que con una falsa declaración de renta se obtuvo un paz y salvo que no tiene incidencia en el campo penal porque el recaudador lo elaboró de buena fe y por cuanto los particulares no son sujetos agentes del delito de falsedad ideológica en documentos públicos.

Agrega que "...los particulares son sujetos agentes a título de partícipes en el delito de falsedad ideológica en documento público únicamente cuando existe un empleado oficial falsificador como autor principal", para concluir que "...en la expedición y confección del paz y salvo de marras no se consumaron ni el delito de falsedad material, ni en el de falsedad ideológica. No existió delito en ese proceder".

De modo que, "...si en la expedición y confección del citado documento no hubo delito de falsedad, pues dicho documento no es falso desde el punto de vista jurídico penal, por consiguiente, tampoco es un documento idóneo para consumar con él el hecho ilícito a que se refiere el artículo 222 del Código Penal".

Con base en la precedente argumentación llega a la conclusión de que son inexistentes los delitos de falsedad por uso de documento

púbico falso que según el Juez de Santa Rosa se habrían cometido en Bogotá y Tunja; de modo que en su opinión lo único que restaría indagar sería lo relacionado con la falsedad en las declaraciones de renta, hechos que corresponden a la competencia de los Jueces Superiores de Santa Rosa.

Se considera:

Estima la Sala que los planteamientos aducidos en su última providencia por el señor Juez Superior de Tunja no son acertados, cuando afirma que el uso de documento público falso sólo es punible de conformidad con los términos del artículo 222 del Código Penal, en la medida en que un funcionario público haya realizado la conducta descrita en el artículo 219; esto es, solamente cuando se haya estructurado otro delito de falsedad, el que en este caso no se cometió porque el funcionario que elaboró el paz y salvo procedió correctamente en su expedición.

Parte el señor juez de un equívoco consistente en que no existe hecho delictivo en el supuesto de que su autor proceda inculpablemente. Este postulado no es correcto porque desconoce las bases mismas que permiten diferenciar las causas que eliminan la antijuridicidad de aquellas que excluyen la culpabilidad. En el caso de que se den las primeras el hecho objetivamente no es delictivo, mientras que que si se da alguna de inculpabilidad el hecho sigue siendo objetivamente delictuoso, pero no reprochable para quien lo ha realizado y en su actuar ha concurrido alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal.

Es por esto que, aún cuando el funcionario que expidió el paz y salvo en la ciudad de Duitama no haya actuado dolosamente o haya procedido en virtud de un error insalvable, vale decir que así su proceder sea inculpable, el hecho por él realizado no deja de ser objetivamente contrario a derecho. En otras palabras, que el actuar inculpable de quien expidió el paz y salvo no puede tener la virtualidad de convertir ese documento falso en legítimo, ya que es falso el documento que afirma que una persona no debe impuestos al tesoro nacional en contra de la verdad.

En estas condiciones cuando el artículo 222 señala como objeto material de ese comportamiento el "documento falso", no está exigiendo nada distinto del elemental significado de esta expresión, esto es que ese documento sea contrario a la verdad, lo que ocurre no sólo en los casos de falsedad material sino también, y de manera señalada, cuando la falsedad es de carácter ideológico.

Ahora bien, como un documento público falso se utilizó por quien tenía conocimiento de su falta de autenticidad en las ciudades de Bogotá y Tunja y a más de esto se realizaron comportamientos típicos de la ciudad de Duitama, es obvio que se da la hipótesis en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que es competente para conocer de este proceso, a prevención, el juez del lugar en donde primero se formuló la denuncia.

Como en la ciudad de Tunja se formuló la denuncia, allí se abrió la investigación y se recibió indagatoria al procesado, la Corte dirimirá el conflicto de competencia atribuyendo el conocimiento de este proceso al señor Juez Sexto Superior de Tunja a quien se devolverá la actuación.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencia planteado en sentido de atribuir el conocimiento de este proceso al Juzgado Sexto Superior de Tunja, a quien se enviará la actuación.

Ofíciese al Juez Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo dándole cuenta de esta determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INCULPABILIDAD. ERROR SOBRE EL TIPO (ARTICULO 40, NUMERAL 4º DEL CODIGO PENAL)

Para que tal error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible al agente evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado. Acta número 57.

Vistos:

Se procede a decidir acerca del recurso de casación interpuesto por el defensor de *Susana Paz Montenegro* contra la sentencia de dos de marzo de mil novecientos ochenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la proferida el diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, en la cual la condenó a la pena principal de *quince años de prisión,* como autora responsable del delito de homicidio agravado cometido en persona de su hijo recién nacido.

El recurso fue declarado admisible y la demanda se encontró ajustada a las prescripciones formales de ley (fls. 2 y 26 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

En las primeras horas de la mañana del día 29 de junio de 1978 dio a luz la procesada un hijo varón, el cual nació vivo, habiéndolo privado voluntariamente de toda atención y cuidado para propiciar por ese modo su muerte, como lo tenía previsto desde el momento en que se convenció de que el padre de la criatura no lo reconocería como tal ni le prestaría a ella ayuda alguna. Luego procedió a cavar un hueco y a sepultarlo dentro de él.

Esto ocurrió en el solar de su casa de habitación, situada en el corregimiento de Pueblo Nuevo, Municipio del Tambo del Departamento del Cauca.

Por informes que le fueron suministrados a las autoridades se capturó la mujer, la cual confesó el hecho e indicó el lugar donde estaba oculta la criatura (fls. 2 y 7 a 10 del cuaderno del Tribunal).

La diligencia de necropsia acreditó, mediante la prueba de la docimasia pulmonar hidrostática, que la criatura fue dada a luz viva, y que la causa de la muerte fue "falta o deficiente atención *post partum* o traumatismos criminales" (fl. 13 *ibídem*).

A la sindicada se le practicó examen médico legal sobre sus condiciones fisiológicas subsiguientes al parto y éste descartó la posibilidad de que se hubiese tratado de un aborto (fl. 34).

Cerrada la investigación se produjo el primer llamamiento a juicio, el cual dio base a la celebración de una primera audiencia pública, en la cual se afirmó por unanimidad la responsabilidad de la acusada en el homicidio perpetrado en su hijo recién nacido. No obstante, el Juzgado decretó de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive, debido e irregularidades procedimentales y sustantivas observadas tanto en la parte motiva como en la resolutiva de dicha providencia (fls. 48 a 55, 74 a 77 y 87 a 90 del cuaderno del Tribunal).

Proferido nuevo enjuiciamiento, el cual habiendo sido apelado fue confirmado por el Tribunal, se abrió la causa a pruebas, sin que las partes ni el Juez hubiesen solicitado o decretado alguna, y se efectuó la correspondiente audiencia pública en la cual los jurados emitieron la siguiente veredicción: "Sí es responsable en los términos del artículo 369 del antiguo Código Penal, sin agravantes" (fls. 92 a 100, 107 a 108, 115 a 122, 125 vto., 132 a 136 *ibídem*).

El juzgado del conocimiento declaró contraevidente el veredicto y el Tribunal conoció de esa decisión por la doble vía de la consulta y de la apelación, habiéndola confirmado en todas sus partes (fls. 137 a 150, 153 y 154, y 151 a 166 *ibídem*).

Realizada la diligencia de sorteo para nuevo jurado resultaron seleccionadas las fichas números 21, 75, 83, 116, *90 y 136*, correspondientes, en su orden a las siguientes personas: Myriam Garrido de Burbano, Pedro León Martínez, Ana Cecilia Muñoz de Llanos, Enrique Silva Meneses, *Ruby Ortega Jiménez* y Daniel Bejarano Varona. El juzgado dispuso, por medio de auto de 27 de agosto de 1981, que se les tuviera a dichas personas como miembros del jurado para esta causa y que se les notificara su designación (fls. 169 y 175 del cuaderno del Tribunal).

La diligencia de notificación se elaboró con los nombres de las personas tal como habían quedado constando en el acta de sorteo, entre ellas el de "Ruby *Ortega* Jiménez". No obstante, la persona que el juzgado citó como tal y que concurrió a la notificación, tachó con la misma pluma que utilizó para firmar el primer apellido *"Ortega"* y escribió debajo con su propia letra *"Otero"*, y se notificó (fls. 175 vto. *ibídem*).

A partir de este momento, el juzgado siguió escribiendo su primer apellido como *"Otero"* y ella firmando normalmente como tal. Inclu-

sive en esa forma firmó la veredicción (fls. 176, 176 vto., 178, 179 y 193 vto. *ibídem*).

En la audiencia actuó como miembro del jurado la señora Ruby *Otero* Jiménez y a su consideración se sometió el siguiente cuestionario:

"La acusada Susana Paz Montenegro, es responsable conforme el auto de proceder, de haber determinado la muerte de su propio hijo, al nacer, cuyo fallecimiento se debió a 'falta o deficiente atención *post partum* o traumatismos criminales' según dictamen médico legista visible al folio 13 del cuaderno original, hecho que cometió la sindicada de una manera voluntaria o de propósito, con premeditación, con motivos bajos o innobles sobre su descendiente (numerales 1º y 2º del art. 363 del C. de P. P. —sic—) el día jueves 29 de junio de 1978 en el Corregimiento de Pueblo Nuevo, Municipio de El Tambo, dentro de esta jurisdicción?".

Los jurados respondieron de la siguiente manera: *"Sí es responsable"*, Myriam G. de Burbano y Ruby *Otero*. El jurado Pedro León Martínez contestó: "Sí es responsable de acuerdo con los términos del artículo 369 del anterior Código Penal" (fl. 178 *ibídem*).

En consecuencia, quedó afirmada por mayoría la responsabilidad de la procesada en el homicidio agravado cometido en su hijo recién nacido.

El defensor solicitó la anulación de la audiencia debido a la sugerencia que en ella le formuló la jurado Myriam Garrido de Burbano para que diera pronta terminación a su intervención pues "tenía mucho dolor de cabeza y también un viaje pendiente para la ciudad de Cali a las siete de la noche de ese mismo día" (fls. 193, 194 a 196 y 215 a 218 *ibídem*).

El juzgado no accedió a la declaratoria de nulidad y, en la misma providencia, profirió la sentencia condenatoria que, apelada, fue confirmada por el Tribunal, mediante la que es objeto del recurso de casación que ahora se decide (fls. 197 a 206, 210, 211 y 222 a 232 vto. *ibídem*).

La demanda:

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia, ambos dentro del ámbito de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo primero.

Nulidad de orden legal por figurar como miembro del jurado una persona que no aparece en la lista correspondiente (art. 211, numeral 2º del C. de P. P.).

Para fundamentarlo anota que, al seleccionarse el jurado que debía actuar en este juicio, fue sorteada en su calidad de suplente, como consta en la respectiva acta, Ruby *Ortega* Jiménez (ficha Nº 90). Que el juzgado del conocimiento ordenó tenerla a ella, al igual que a los

demás sorteados, como jurados y dispuso que se les notificara el auto en que se adoptó esa decisión. Que al momento de cumplirse esta determinación respecto de la jurado Ruby *Ortega* Jiménez "aparece constancia en el expediente (fl. 176) que quien firmó *no fue precisamente ella.* Fue otra persona: Ruby *Otero* Jiménez. No firmó la jurado nombrada Ruby *Ortega* Jiménez sino una que no lo había sido, de apellido *otero.* Es más, esta persona *tachó* el apellido *Ortega* de la antefirma y colocó, abajo y en su lugar, el apellido *Otero*" (las subrayas pertenecen al texto).

Agrega que dicha persona, o sea Ruby *Otero* Jiménez, fue la que actuó en la audiencia en calidad de jurado, como puede comprobarse con el acta, en la cual no aparece Ruby *Ortega* Jiménez, de donde concluye que "una persona que no había sido nombrada para desempeñar ese cargo", intervino como integrante del jurado que afirmó la responsabilidad de la procesada.

Como el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal erige en motivo de nulidad el hecho de que una persona que no aparezca en la lista de jurados actúe como tal en determinado juicio, y para comprobar esa situación no existe otra forma que la de confrontar ese nombre con la correspondiente lista, acompaña a su libelo copia auténtica de la que contiene los nombres de los jurados seleccionados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad durante el año de 1981 (Acta Nº 038 de 2 de diciembre de 1980), en la cual aparece, con el número 90, el nombre de *Ortega* Jiménez Ruby, y en parte alguna de la misma el de Ruby *Otero* Jiménez.

Con apoyo en esas consideraciones solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de sorteo de jurados, con el objeto de que se integre uno nuevo y con él se celebre la audiencia.

Lo anterior, por tratarse de una nulidad no convalidable, ya que tiene que ver con un aspecto sustancial del proceso "como es el relacionado con el juzgador de hecho o de conciencia, que no puede serlo cualquiera clase de persona, sino aquella en que el Estado ha depositado su confianza para administrar justicia mediante actos y ritos legalmente reglamentados, tema al que se refiere el artículo 26 de la Constitución Nacional, al exigir para el juzgamiento el Tribunal Competente".

Segundo cargo.

Nulidad de carácter constitucional "por no haberse ordenado y practicado un examen pericial con el objeto de establecer si la procesada, al momento de cometer los hechos que se juzgan, era o no imputable".

Para fundamentarlo razona de la siguiente manera:

"El establecer en el proceso penal si una persona era imputable o inimputable al momento de cometer los hechos por los cuales es juzgada, es una cuestión de no poca monta que tiene que ver con el

debido proceso, que garantiza el artículo 26 de la Constitución Nacional. Es un derecho que tiene todo procesado. Particularmente hace referencia a las *formas propias* que deben cumplirse para que el proceso sea válido. Solamente el cabal cumplimiento de las formas y ritualidades propias del proceso penal, hace que éste se encuentre en máxima concordancia con los altos intereses que tutela esa garantizadora y civilizadora norma constitucional. No observar esas formas y ritualidades es causar quebranto, violación a dicha norma. Y no observar esas formas y ritualidades en materia tan grave como es la inimputabilidad de un procesado es causar quebrantamiento y violación *grave* al artículo 26 de la Constitución Nacional, que la jurisprudencia y la doctrina reiteradas no dejan pasar por alto y sancionan con la *anulación* de lo actuado".

Para recalcar en la necesidad de ese reconocimiento apela a la nueva legislación penal, a la que le reconoce el mérito de haber definido por vía general el tema de inimputabilidad.

Pretende hacer descansar la condición de inimputable de la procesada en las circunstancias de ser una campesina, carecer de conocimientos y haber estado sometida a situaciones torturantes como el uso de fajas para ocultar su embarazo y al tormento sicológico de la negativa del padre de la criatura a reconocerla, o ayudarle a ella.

Es así como dice: "Esas circunstancias de orden objetivo y subjetivo llevan, de manera desprevenida, a tener la convicción de que la procesada al ejecutar el hecho legalmente descrito no tenía 'la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión', bien por inmadurez sicológica o por trastorno mental. Tales condiciones que concurrían en la procesada, permitían a ella tener la capacidad de comprender que el acto que iba a ejecutar era ilícito? Tenía esa capacidad o ella estaba enervada? O si era capaz de comprender que su acto era ilícito, podía determinar su conducta en sentido distinto? O esta posibilidad de determinarse en sentido distinto a lo ilícito estaba enervada?".

De la similitud de condiciones adversas en que viven los indígenas y un gran sector de la población campesina, tiende a sacar la conclusión general de que unos y otros pueden llegar a ser considerados, por esas solas circunstancias, como inimputables por inmadurez sicológica.

A este respecto, expresa:

"En la legislación colombiana se reconoce que los indígenas pueden ser inimputables por inmadurez sicológica (art. 96, inciso 3º del C. P.). Pues bien, en el Departamento del Cauca las condiciones de vida de un gran sector de nuestro campesinado son idénticas o peores a la de los indígenas, de quienes proceden directamente. Debe entenderse que la madurez sicológica está referida a la cultura dominante y que en sí no debe significar un concepto peyorativo. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta, además, la vinculación directa entre el sector indígena y el campesinado, puede llegarse a la conclusión de que un sector del campesinado puede ser considerado inimputable por inmadurez sicológica, ya que como subcultura respecto a la cultura

dominante, tendría *sus* propios valores, que en determinado momento no podrían concordar necesariamente con los de ésta".

Su alegación es tan de tipo general que llega a manifestar:

"Que por razones de orden de la inmadurez sicológica, tal como hemos dejado expuesto, la procesada pueda ser considerada como inimputable, es cuestión a la que ni nosotros estamos en condición de dar respuesta. No somos nosotros los llamados a responder por tal interrogante. Los *antropólogos* sociales, los médicos sociales, son los llamados a absolver el interrogante".

Del hecho de que el juzgado del conocimiento hubiese utilizado, al conceder la suspensión de la detención preventiva de la procesada por nuevo embarazo, expresiones como: "Unida a la sicosis del parto y del pauperio (sic)" ..."Sabida es la intoxicación del organismo por causa del embarazo". Y que el Tribunal hubiese manifestado que el abogado defensor "confundió *honor* con *temor*, pues este último sentimiento *era el vivido* por Susana Paz Montenegro, frente a las amenazas que dice profirió Dilio Ramírez cuando supo que iba a ser padre del niño que ella mató para no quedar sola respondiendo por la criatura que era nacida por la unión de ambos", deduce, por no haber descendido los funcionarios a relacionar esas sus apreciaciones con la inimputabilidad de la sindicada, ni ordenado su reconocimiento médico legal, que se incurrió en la nulidad que predica.

Dice que la pericia era indispensable pues el Tribunal reconoció que su defendida actuó con temor y éste "altera las esferas cognoscitiva, volitiva y afectiva del ser humano y que por tal razón afecta la capacidad de comprensión", pudiendo llegar a generar un trastorno mental transitorio, fuente de inimputabilidad.

Como no se realizó examen médico-siquiátrico-antropológico de la acusada, depreca que se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, para que, reabierta, se dé cumplimiento a lo que dispone el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se desestime el cargo de nulidad basado en la ausencia de reconocimiento médico legal de la procesada, pero que se acepte el que se fundamenta en la tacha a la constitución del jurado y, en consecuencia, se case la sentencia por ese activo y se invalide todo lo actuado a partir del último sorteo de jurados para esta causa.

Examina el Procurador los cargos, no en el orden propuesto, sino en atención al alcance y consecuencias de la nulidad alegada. Por eso empieza por el segundo, o sea el que se refiere al hecho de no habérsele practicado examen a la procesada en orden a establecer si era o no persona imputable.

A este respecto razona de la siguiente manera para proponer su rechazo:

"En forma por demás reiterada ha sostenido la Corte que el examen del procesado por peritos médicos para establecer si al momento de ejecutar el hecho punible se encontraba en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 31 del nuevo Código Penal (29 de la anterior codificación), es potestativo del juez o funcionario instructor, quienes sólo pueden proceder a ordenarlo cuando observen en el comportamiento del inculpado serios indicios de no encontrarse en capacidad de comprender la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental".

Agrega que las circunstancias vividas por la acusada al momento de cometer el hecho o determinantes del mismo no fueron de tal magnitud que la hubiesen privado de la capacidad de comprensión y de determinación, según puede deducirse de la forma como dio sus explicaciones en la indagatoria.

En cuanto a la presunta inmadurez sicológica, anota que "no pasa de ser apreciación personal y subjetiva del censor sin ningún fundamento probatorio", y que no fue alegada en su oportunidad procesal por el defensor, que es el mismo que ahora recurre.

Tacha referida a la forma como se integró el jurado:

Respecto de esta censura afirma el Procurador que es un hecho incuestionable que una de las personas que actuaron como jueces de conciencia, concurrieron a la audiencia y afirmaron la responsabilidad de la sindicada no aparece en la correspondiente lista de jurados del Juzgado Segundo Superior de Popayán puesto que Ruby *Otero* Jiménez, quien fue la que tuvo esa figuración "es persona distinta de Ruby *Ortega Jiménez*", nombre que corresponde al ficho que fue sorteado y que es el que aparece en la citada lista.

Como esa circunstancia está erigida en causal de nulidad y es insubsanable (art. 211, numeral 2º del C. de P. P.), y no se acudió al remedio procesal de hacer un sorteo parcial para evitar que "persona extraña interviniera en el juzgamiento de la procesada", solicita que se case la sentencia por este motivo y se decrete la nulidad a partir de la diligencia de sorteo de jurados, pues de otra parte, ha de darse valor a la prueba que se aportó con el libelo (lista de jurados), pues aunque la casación no es un recurso probatorio, no habría en este momento otro medio para comprobar la razón que asiste al censor en este punto de su impugnación.

Consideraciones de la Corte:

Cargo primero.

Nulidad por figurar como miembro del jurado una persona no relacionada en la correspondiente lista.

Refiriéndose al sorteo de jurados que, para cada causa, ha de realizarse dice el artículo 540 del Código de Procedimiento Penal que "el juez pondrá de presente a las personas que hayan concurrido la

lista de jurados y las fichas correspondientes, numeradas a partir de la unidad. En seguida ordenará al secretario que las deposite en una urna para que sean revueltas por el Fiscal. Este procederá a extraer seis fichas, una a una, cuyo número será leído en voz alta por el secretario", y el 541 añade que serán jurados principales aquellos cuyos nombres corresponden a las tres primeras fichas extraídas, y suplentes numéricos los otros tres.

El artículo 522 del mismo estatuto reglamenta minuciosamente la formación de las listas para cada Juzgado Superior por parte del Tribunal respectivo y dice cómo ellas se integran con base en los nombres cuidadosamente seleccionados y propuestos por cada Magistrado en número no inferior a cien candidatos.

Y el artículo 211 del mismo código erige en causal de nulidad el que figure como miembro del jurado persona que no aparezca en la lista del respectivo juzgado.

Pues bien, en el caso que se estudia ocurrió que, al seleccionar el jurado de conciencia que habría de juzgar y efectivamente juzgó la conducta de la procesada, una de las fichas sorteadas fue la número *90* que correspondía en la lista del juzgado del conocimiento al nombre de Ruby *Ortega* Jiménez.

El Despacho procedió a localizarla, acudiendo, como hay que suponerlo, a la dirección que se tenía allí registrada para este jurado y sucedió que quien compareció como Ruby *Ortega* Jiménez, fue Ruby *Otero* Jiménez, quien, al observar que su primer apellido estaba equivocado, lo corrigió y puso en su lugar el correcto.

Todo indica que el juzgado no tenía perplejidad alguna en cuanto a la identidad física de la jurado, pues no solamente la localizó, sino que, al observar la corrección que ella hizo del primer apellido, lo encontró tan normal que no procedió a reemplazarla, mediante sorteo parcial, tal como aún oficiosamente le permitía hacerlo el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, y de allí en adelante se limitó a escribir en las demás actuaciones el apellido correcto.

Tampoco el defensor, quien es el mismo profesional que ahora recurre en casación, hizo en las instancias ninguna solicitud al respecto, siendo de suponer que el hecho no tenía porqué pasar desapercibido para él, ya que una de las explicables preocupaciones de la defensa es enterarse prontamente de quiénes son sorteados como jurados, informarse, si le esposible, de sus condiciones personales y profesionales, estar atento a si fueron notificados y convocados para la audiencia y, finalmente, registrar quiénes de ellos actúan efectivamente en la misma.

Además, la enmienda del apellido *Ortega* por *Otero* es lo suficientemente ostensible como para no advertirlo con la simple observación del expediente (fl. 175 vto.), cuyo estudio pormenorizado tuvo que haber realizado entonces el defensor para su actuación en la vista pública, y el mismo, por lo demás, es quien destaca en su libelo esa notoriedad de la borradura (fl. 14 del cuaderno de la Corte).

Para reforzar la convicción que tuvo que haber asistido el juzgado para estimar que Ruby *Otero* Jiménez era en verdad la jurado que el

Tribunal seleccionó, entre otras personas, para ese despacho, debe destacarse también el hecho de que en la lista no figuraban simultáneamente los nombres de Ruby *Otero* Jiménez y Ruby *Ortega* Jiménez, pues, de haber ocurrido así, la situación no podría tener solución diferente de la declaratoria de nulidad, ya que, en ese supuesto, sí habría entrado una persona distinta a la sorteada a actuar como miembro del Tribunal Popular.

Luego, se trata de un simple error en cuanto al primer apellido de la jurado, sin incidencia en su identidad física.

Seguramente que todo esto pudo haberse establecido en debida forma, si el debate se hubiera propuesto en las instancias, frente a los despachos que contaban con elementos probatorios complementarios de las listas, las que se reducen a recoger simplemente los nombres (fls. 4 a 11 del cuaderno de la Corte).

Conviene recordar que en materia, si no más, por lo menos igualmente delicada, establece el legislador como causal de nulidad el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo "al nombre o apellido de la persona responsable" (art. 210, numeral 5º), y sobre el alcance de ese motivo de anulación ha dicho esta Sala lo siguiente, que también podría aplicarse por similitud de materia al caso que se debate:

"Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable la que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales... Lo esencial en esta causal, es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales" (sentencia de 6 de diciembre de 1945, LIX, 1027 y 15 de octubre de 1955, LXXI, 526).

La censura no prospera.

Segundo cargo.

Nulidad por no haberse practicado examen pericial a la procesada para establecer si era o no imputable.

Para el recurrente, su defendida no tuvo, al momento de cometer el hecho, capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por ser inmadura sicológicamente, o por haber obrado bajo los efectos de un trastorno mental transitorio, todo lo cual pretende deducirlo, afirmándolo únicamente, de su condición de campesina, de su carencia de conocimientos y de la similitud que existe entre las precarias condiciones de vida de la población indígena y de un gran sector del campesinado, así como de las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo que la llevaron a ocultar su embarazo.

Las dos fuentes generadoras de la inimputabilidad que son la inmadurez sicológica y el trastorno mental no se predican, per se, *de deter-*

minadas personas o grupos de personas ni tampoco de ciertas circunstancias síquicas en que pueda encontrarse un individuo en un preciso momento, sino que es necesario probar en cada caso su existencia y, además de eso, acreditar que en razón de una u otra el autor del hecho no estuvo en condiciones, al momento de cometerlo, de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (art. 31 del C. P.).

No puede, por tanto, deducirse la inimputabilidad de la simple calidad en el sindicado de indígena o de campesino, sino que se impone establecer que su grado de madurez mental era tan incipiente o precario que no le permitía valorar los patrones de conducta vigentes dentro de la sociedad cuyas leyes quebrantó y que, por lo mismo, al cometer el hecho que se le atribuye no estuvo en capacidad de comprender que realizaba algo que era ilícito, ni pudo determinar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Si no fuera así, todo indígena y todo campesino que delinquiera, tendrían, por el solo hecho de serlo, que ser sometidos indefectiblemente a peritación médica para establecer si se está o no en presencia de un inimputable.

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal establece, como presupuesto para someter a un sindicado a examen médico, la existencia de determinadas circunstancias que tiendan a indicar el estado anómalo en que presumiblemente se encontraba éste al realizar el hecho. Dice la norma, en lo pertinente:

"Desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal (31 del estatuto vigente, se aclara), o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenarán su examen por los peritos médicos".

En el presente caso, y tal como lo destaca la Procuraduría, la forma misma como la sindicada explicó los hechos a las autoridades, descarta la presencia en ella de circunstancias sico-somáticas que le hubieran restado la capacidad de comprender que realizaba un acto que no debía hacer por ser prohibido, o que le impidieran proceder de manera diferente. Si hay algo que entrañe una intrínseca ilicitud es la supresión de una vida humana, máxime si la víctima está en absoluta imposibilidad de impedirlo.

Para reafirmar lo dicho, basta transcribir los siguientes apartes de las diferentes ocasiones en que Susana Paz Montenegro compareció ante las autoridades:

"Preguntada: A qué hora tuvo usted el niño? Respondió: A las 8 de la mañana del día jueves 29 de julio de 1978. Cómo nació el niño? Nació vivo. Después que nació qué sucedió? Al ratico murió. Qué hizo en ese momento? Lo enterré en el lugar donde ustedes lo encontraron. En el momento en que tuvo el niño qué hizo con él? Me fui de para abajo con el niño y la pala. Qué deseaba hacer? Abrí la fosa para sepultarlo. No le puso nada a la fosa ni cubrió el cuerpo con nada?

Le eché tierra de manera que quedara tapado" (versión inicial ante el Inspector de Policía de Pueblo Nuevo - fl. 2 del cuaderno del Tribunal).

"Como a las ocho de la mañana del jueves me enfermé, yo ya tenía el tiempo de embarazo, y el niño nació vivito y al momentico ya murió, yo pues me asusté todita y entonces fui y lo enterré al lado de abajo de la casa, en un monte y luego vine y me acosté y me quedé allí en la cama quieta, pero yo no le dije nada a mi mamá, ni a mi papá y ni siquiera a ninguno de mis familiares" ..."Cuánto tiempo duró la criatura viva después de haber nacido? Pues como unos diez minutos". ..."En mi casa estaban mi mamá y mis dos niños, pero ellos no se dieron cuenta porque yo me dieron ganas de orinar y me fui para el lado de abajo, para el monte y allá fue que tuve el niño y entonces mi niño más pequeño estaba con diarrea y mi mamá había estado botando un sucio por allá, había dejado una palita y entonces yo la vi, la cogí y abrí un hueco y enterré allí la criatura, pues cuando yo me senté a orinar fue que me salió con placenta y todo" ..."Si la criatura nació viva por qué usted no la alzó de donde había caído y la llevó para su casa? Contestó: Cosas que uno no piensa cierto" ..."Díganos sinceramente qué razón la llevó a enterrar la criatura, si fue que murió o la enterró viva? Contestó: No tengo porqué meter mentiras, la criatura nació viva, yo me asusté, lloré poquito del susto no la alcé y seguramente se ahogó cuando la enterré estaba muerto, era hombrecito" ..."Sírvase manifestarnos si al haber pensado usted perder la criatura, tomó o utilizó algún medio para que se produjera el arrojo de ésta? Contestó: Eso si no, la criatura nació de tiempo, yo no la alcé porque ya había pensado dejarla morir cuando naciera, porque Dilio me había dicho que no me ayudaría" (Indagatoria, fls. 7 vto., 8, 8 vto. y 9 *ibídem*).

En la diligencia de careo con Dilio Ramírez Ordóñez, presunto padre del niño, deja entrever la procesada su inconformidad con éste por estar de amores con otra mujer. Es así como dice: "Claro ya como él tenía otra claro que iba a necesitar de mí, como ya tenía otra para casarse". En momentos en que el declarante manifestaba que si le hubiera hecho saber que ese niño era fruto de sus relaciones con ella él habría respondido por él, la sindicada interrumpió para increparle: "Quién te iba a decir si vos ya te ibas a casar con la otra" (fls. 32 vto. 33 *ibídem*).

Como puede observarse, por parte alguna aparece la tortura sicológica de la deshonra sexual, ni la angustia extrema, que llevaron a la procesada a la ineludible situación de tener que eliminar a su hijo. Más bien trasciende de sus manifestaciones una especie de represalia con el presunto padre del infante por razón de los desdenes de éste hacia ella.

El relato que hace de los hechos pone de presente que tuvo tranquilidad para distraer a su padres, con quienes convivía en unión de sus dos hijos a fin de que no se dieran cuenta de lo que iba a hacer, buscó un lugar propicio para el alumbramiento y esperó luego a que la criatura muriera para proceder después a cavar la fosa y sepultarla, habiendo regresado a su casa sin despertar sospecha alguna.

En cuanto a su sanidad mental conviene recordar que entre quienes declararon en el proceso estuvieron sus padres y una tía y nadie de ellos aludió a que padeciese trastornos de esta índole (fls. 14, 15, 16 vto., 17 y 19 vto. *ibídem*). Ella misma afirma en su indagatoria: "Mi familia y yo hemos sido gente alentada, nunca he sufrido enfermedades graves o infecto-contagiosas" (fl. 7 vto. *ibídem*).

Respecto del trastorno mental transitorio emitió la Sala el siguiente pronunciamiento, válido también para esta ocasión:

"El trastorno mental transitorio, como fuente de inimputabilidad, no solamente tiene que estar debidamente acreditado, sino que, además, es necesario establecer su inequívoca vinculación causal con el comportamiento realizado y su indiscutible incidencia sobre las esferas intelectiva y volitiva del agente, de tal modo que puede predicarse sin lugar a dudas que enervó su capacidad de comprender la ilicitud de acto ejecutado y de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (Casación de 19 de octubre de 1982, procesado Jesús Angel Benítez Cañaveral).

De tal manera que los funcionarios que actuaron en el proceso no tuvieron conocimiento de ninguna situación indicativa de posibles circunstancias de inimputabilidad en la sindicada, ni el expediente las ofrece, por lo cual no estaban obligados a ordenar un reconocimiento médico de la misma. La ausencia de esa pericia no implica violación del derecho de defensa, ni conculcamiento de las formas propias del juicio.

Por último ha de decirse que los términos empleados por el juzgado del conocimiento, al ordenar la suspensión de la detención preventiva de la sindicada por razones de un nuevo embarazo, tales como sicosis y traumatismos debidos al parto, están tomados, si se examina el contexto de la providencia (fls. 79 a 81 *ibídem*) en el sentido del estado sico-somático en que se encuentra generalmente toda mujer que va a dar a luz, el cual puede generar desequilibrios anímicos en la gestante, pero sin que lleguen a restarle su lucidez mental, ni a enervarle su capacidad de determinación.

Lo que el juzgado quiso fue poner de presente que la cárcel donde la procesada se encontraba recluida no era el lugar más adecuado, sobre todo desde el punto de vista anímico, para que diera a luz su hijo, por lo cual era aconsejable, máxime que lo permitía la ley, suspender su detención (arts. 452 y 673 del C. de P. P.).

Tampoco cuando el Tribunal aludió a la confusión en que habría incurrido el defensor al tomar como una situación de honor sexual lo que era una manifestación de temor en la sindicada (fl. 164 *ibídem*), estaba reconociendo un estado sicológico que implicara en ella una suspensión así fuera momentánea de su capacidad de comprensión y de determinación.

Es cierto que el temor puede llegar a generar ese estado, pero debe registrar grado e intensidad tales que obnubilen la mente y bloqueen la voluntad.

Bien lejos se está de un cuadro similar en el caso que se analiza, como lo demuestra el proceso.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo en parte con él, *no casa* la sentencia impugnada.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LUNA GOMEZ

Creo que el primer cargo formulado contra la sentencia impugnada ha debido prosperar y que, en consecuencia, ha debido casarse para decretar la correspondiente nulidad.

Las razones que me mueven a apartarme del criterio de mis compañeros de Sala:

1º El cargo está formulado en los siguientes términos:

....*"Nulidad legal de tipo absoluto: Por figurar como miembro del jurado una persona* que no aparece *en la lista correspondiente* (art. 211, ord. 2º, del C. P. P.). El cargo formulado tiene el siguiente desarrollo:

"En el acta del sorteo total del jurado de conciencia, folio 189, aparece constancia que fueron escogidos para integrar el mismo, los siguientes ciudadanos con sus números en la lista correspondiente así: 21 Myriam Garrido de Burbano; 75 Pedro León Martínez; 88 Ana Cecilia Muñoz de Llanos; 118 Enrique Silva Meneses; 90 Ruby Ortega Jiménez; 136 Daniel Bejarano Varona. Los tres primeros en calidad de principales y los otros en la de suplentes.

"Mediante auto del 27 de agosto de 1981, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Popayán tuvo a los indicados ciudadanos como integrantes del jurado que debía juzgar en conciencia a la procesada Susana Paz Montenegro, y en el mismo auto ordenó la notificación de esa decisión a tales ciudadanos (fls. 175-176).

"Al notificársele el indicado auto a la jurado Ruby Ortega Jiménez, aparece constancia en el expediente (fl. 176) que quien firmó *no fue precisamente* ella. Fue otra persona: Ruby Otero Jiménez. No firmó la jurado nombrada Ruby Ortega Jiménez, sino una que no lo había sido, de apellido Otero. Es más, ésta persona *tachó* el apellido Ortega de la antefirma y colocó, abajo y en su lugar, el apellido Otero. Es una cuestión completamente visible. Manifiesta.

"Tal como aparece en el Acta de la Audiencia Pública de Juzgamiento del 14 de octubre de 1981 (fl. 179), a ésta compareció como *integrante del jurado* Ruby Otero Jiménez y no Ruby Ortega Jiménez (quien no fue notificada). Fue precisamente Ruby Otero Jiménez quien suscribió dicha acta, pues ya en su antefirma (fl. 193, vto.) estaba colocado éste nombre. Actuó como miembro del jurado que declaró responsable a mi representada, de conformidad con el respectivo cuestionario, una persona que *no había sido nombrada* para desempeñar ese cargo.

"Tiene como presupuesto de hecho para que sea declarada la causal a que se refiere el ordinal 2º del artículo 211 del Código de Pro-

cedimiento Penal, el que la persona que figura como miembro del jurado "no aparezca en lista correspondiente".

"Para llegar a ésta conclusión no hay manera distinta que confrontar la *lista* correspondiente, los nombres allí consignados, con el nombre del miembro del jurado cuestionado. No hay otra forma. En el presente caso, es indispensable confrontar el nombre de la señora Ruby Otero Jiménez con la lista respectiva de jurados. Y hay que acudir a la copia autenticada de la misma expedida por la Secretaría del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. No se trata de un debate probatorio al que es ajeno el recurso extraordinario, sino más bien el cumplimiento de un requisito exigido para la conformación de una causal de nulidad legal de tipo absoluto, causal alegable en las instancias o en casación (art. 213 del C. de P. P.). O sea, que si ésta norma permite la alegación de la causal de nulidad que se está invocando, en casación, lógico es suponer, también, que es permisible la aducción de la prueba que demuestre los presupuestos de hecho que ella exige para su conformación, por lo menos con la sustentación del recurso, y con prueba documental en éste caso, como la que a ésta demanda se adjunta.

"Y si se hace la confrontación de rigor se tiene:

"En acuerdo extraordinario de Sala Plena, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán elaboró la lista de jurados correspondiente al año 1981, cuyos nombres y números correspondientes aparecen en el Acta número 039 del 2 de diciembre de 1980, copia autenticada de la cual, en lo pertinente, adjuntamos a este escrito. En ella, con el número 90, aparece el nombre de la ciudadana Ortega Jiménez Ruby. En la indicada lista, de otro lado, *no aparece* como jurado el nombre de Ruby Otero Jiménez. Y ya vimos como ésta, nada tiene que ver con aquél nombre al que tachó precisamente el apellido Ortega.

"La causal de nulidad invocada es de tipo legal y es de carácter absoluto. Lo primero, en razón de pertenecer ella al grupo expresa y taxativamente establecido en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal. Es la ley de Procedimiento Penal, que la establece, y es por ello, *legal*. Es de tipo absoluto, ya que no tiene la característica de ser saneable ni por el transcurso del tiempo ni por la posterior intervención de las partes. Tiene que ver con aspecto *sustancial* del proceso, como es el relacionado con el juzgador de hecho o de conciencia, que no puede serlo cualesquiera clase de persona, sino aquella en que el Estado ha depositado su confianza para administrar justicia mediante actos y ritos legalmente reglamentados. Es tema al que se refiere el artículo 26 de la Constitución Nacional, al exigir para el juzgamiento el Tribunal competente. Pero para el caso concreto, en vista de que es la ley que señala como causal de nulidad la que se está invocando, no es del caso demostrar el quebrantamiento de la indicada norma de nuestra Carta Política" (cdno. de la Corte, fls. 14, y siguientes).

Se anota: Los hechos que presenta y argumenta como causas generadoras de la nulidad legal invocada, son ciertos, tuvieron real ocurrencia, como se constata en los folios citados del respectivo cuaderno.

2º El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal luego de aceptar la materialidad de aquellos en su concepto de rigor, razona:

"La circunstancia de haber figurado como jurado una persona cuyo nombre y apellido no corresponden exactamente al que aparece en la lista de jurados es motivo de nulidad insubsanable, según los claros términos del artículo 211, ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal.

"Si en el acto de notificación personal a los jurados designados no se encontraba uno de ellos, por cualquier motivo, debió procederse a reemplazarlo mediante sorteo parcial como lo indica el artículo 550 *ibídem*; procedimiento que debió adoptarse en este caso, sustituyendo a Ruby Ortega Jiménez por otra de las personas que figuran en la lista correspondiente al Juzgado Segundo Superior, pero no permitiendo, como se hizo, que persona extraña interviniera en el juzgamiento de la procesada.

"Es verdad que la casación penal no es recurso probatorio, pero también lo es, como anota el recurrente, que tratándose de la nulidad planteada la única manera de acreditar los hechos en que se funda es aduciendo copia auténtica del acta de sorteo realizada por el respectivo Tribunal Superior.

"Siendo palmar la existencia del vicio alegado, deberá invalidarse el proceso a partir del sorteo de jurados para que se reponga la actuación conforme a derecho".

"Prospera el cargo de nulidad" (*id.* fls. 33 ss.).

3º En la sentencia de la cual disiento la Sala encuentra explicables los hechos que en mi criterio son cimientos de la nulidad atribuyéndolos a que hubo equivocación en la lista de jurados elaborada por el Tribunal, en cuanto hace relación al primer apellido de Ruby Otero Jiménez, pues en aquélla se puso Ortega, equivocación que tan fácil como ingenuamente se subsanó pues ella, "al observar que su primer apellido estaba equivocado, lo corrigió y puso en su lugar el correcto". Continúa:

"Todo indica que el juzgado no tenía perplejidad alguna en cuanto a la identidad física de la jurado, pues no solamente la localizó, sino que, al observar la corrección que ella hizo del primer apellido, lo encontró tan normal que no procedió a reemplazarla, mediante sorteo parcial, tal como aún oficiosamente le permitía hacerlo el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, y de allí en adelante se limitó a escribir en las demás actuaciones el apellido correcto".

Agrega que el defensor, que tenía que haber observado aquéllo por ostensible, no formuló anteriormente ningún reclamo y, finalmente, que, "en la lista no figuraban simultáneamente los nombres de Ruby Otero y Ruby Ortega Jiménez, pues de haber ocurrido así, la situación no podría tener solución diferente de la declaratoria de nulidad, ya que, en ese supuesto, sí habría entrado una persona distinta a la sorteada a actuar como miembro del Tribunal Popular".

De donde concluye: "se trata de un simple error en cuanto al primer apellido de la jurado, sin incidencia en su identidad física (id. fls. 49 y siguientes).

4º La institución del jurado tiene origen constitucional: "La ley podrá instituir jurados por causas criminales" (art. 164, inc. 2º).

Y, efectivamente, la ley la reglamentó en el Capítulo III del Título II, del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, el artículo 211 del mismo estatuto señala entre las causas de nulidad en los juicios en que interviene el jurado, las siguientes:

"2. Figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente, y

"3. Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado".

Cualquiera de estas dos causales de nulidad es insubsanable, absolutamente insubsanable. Y, la razón es tan sencilla como simple:

Cada jurado es un juez, un verdadero juez y los tres jurados que actúan en determinada causa, forman un juez colegiado. Claramente lo dice la ley: "El jurado se compondrá de tres jueces de hecho designados en la forma que adelante se indica" (art. 520).

De manera que a ese juez colegiado, integrado por los tres jurados, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, es al que ésta misma entrega la competencia para juzgar, en los casos en que, por mandato también legal, es necesaria su intervención. Y, es de tal trascendencia su vocación juzgadora que "En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diera respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (art. 519), Y, si el juzgador de primera o de segunda instancia no está de acuerdo con ello, debido al estudio probatorio que haga, entonces debe acudir al decreto de contraevidencia (arts. 565 y 567, respectivamente).

De manera que ese juez colegiado que se llama jurado está integrado por personas que tienen que ser exactamente conocidas y determinadas, por su propia identidad, de manera que sobre esta última no pueda abrigarse la menor de las dudas. Y esa identidad, repito, hace relación a la persona, en decir de Boecio, a la "sustancia individual de naturaleza racional".

Y la identidad consiste en "ser una persona o con la misma que se supone o se busca", lo cual trae como consecuencia que la identidad no admite extremos ni comparaciones, pues sólo puede afirmarse de una persona o cosa con relación a ella misma. De manera que la identidad de una persona consiste en que esa persona es ella misma y no otra, por semejante que le sea. Ese concepto de identidad también puede y debe aplicarse a los animales.

Pero esa persona determinada, en su identidad, se distingue de todas las otras por su nombre propio, el cual en casos como el pre-

sente se complementa con el o los apellidos. La identidad personal por medio de nombre es de tal trascendencia que siendo obligación legal el ponérselo a la persona desde su registro, tiene, además, especial protección de la ley penal. Y la legislación civil señala los trámites necesarios que deben cumplirse ante la autoridad competente cuando se trate de cambiar el nombre de una persona.

Visto lo anterior se viene en conocimiento de que el cambio del primer apellido, en este caso Ortega por Otero no es "un simple error en cuanto al primer apellido de la jurado, sin incidencia en su identidad física". No. Por el contrario: Es de especial trascendencia y la incidencia en el asunto debatido es definitiva puesto que una es la persona identificada como Ruby Ortega Jiménez y otra perfectamente distinta la identificada como Ruby Otero Jiménez.

Y no es aceptable que la identificación pudo realizarse por la ubicación de la dirección en donde dizque vivía, en primer lugar porque tal dirección no se encuentra acreditada dentro de este proceso y, en segundo, no son las direcciones las que sirven para identificar a una persona determinada sino sus nombres y apellidos, en la forma en que se ha demostrado.

Además: Quien tachó y cambió el apellido en el momento de la notificación, no tenía ninguna facultad ni competencia legal para hacerlo y, la obligación inexcusable del juez de primera instancia era la de dar cumplimiento al artículo 550 del Código de Procedimiento Penal o al 544, como se recuerda en la providencia de la cual vengo disintiendo. Su obligación no era la de limitarse "a escribir en las demás actuaciones el apellido correcto", como se dice en el fallo, sino la de dar cumplimiento, se repite, a la norma respectiva. Y fue, precisamente, lo que debiendo hacer no hizo.

Finalmente, esta nulidad es insubsanable: afecta la competencia misma del juzgador popular. Pues el tribunal de ésta índole no quedó integrado por quienes deberían componerlo, sino que allí actuó como tal una persona que no había salido sorteada como tal. Pero ni siquiera figuraba en la lista correspondiente de jurados, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad señalada en el número 2 del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal: "Figurar como miembro del jurado una *persona* que no aparezca en la lista correspondiente".

Pero si contra la "real realidad" procesal se quiere sostener que la persona Ruby Otero Jiménez sí figuraba en la lista, siendo así que la que figuraba era Ruby Ortega Jiménez, entonces se tendría que aceptar como causal de nulidad la número 3 de la misma disposición: "Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado".

Y estas causales de nulidad, por lo ya expuesto, no podían ser reparadas, convalidadas, superadas ni borradas por el notificador, por el secretario, por el juez, ni por ninguna de las partes, así se alegue silencio de éstas sobre el particular.

En consecuencia, estimo que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad por lo cual, en mi criterio, ha debido casarse para decretar la nulidad correspondiente, a partir del auto que señaló día y hora para sorteo de jurados, inclusive.

Alvaro Luna Gómez.

Bogotá, 9 de julio de 1983.

ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE DERECHO DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA (ART. 561 DEL C. DE P. P.)

Si el juez es el director de la audiencia, con poderes tan radicales e inobjetables que ni siquiera son susceptibles de ser apelados a instancias superiores, debe como tal contar con atribuciones suficientes para procurar su ordenado desarrollo, corrigiendo excesos, controlando desafueros y resolviendo los conflictos surgidos en ella. De ahí que sea lógico afirmar que está autorizado para intentar, por iniciativa propia, contactos con el jurado de conciencia o atender las solicitudes que estos le comuniquen

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 57 de 28 de junio de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Villavicencio,* en sentencia de 13 de mayo de 1982, impuso a *Luis María Hernández,* por el delito de "homicidio" en Rosa María Cruz viuda de Coy, ocho años de prisión.

Oportunamente se interpuso casación, recurso admitido en auto de treinta y uno de agosto del citado año. La demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de ley, en proveído de veintinueve de noviembre del mismo año.

Hechos y actuación procesal:

En breve pero fiel relación los presenta así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"...El 7 de noviembre de 1979 en el paraje denominado 'El Segundo' de la hacienda 'Los Laureles' sita en jurisdicción del municipio de San Martín se realizaba una diligencia de lanzamiento promovida por la propietaria del inmueble, Rosa María Cruz viuda de Coy, y en un momento en que ésta se hallaba sola y desprotegida, el demandado, Luis María Hernández la atacó ferozmente con arma cortopunzante causándole mortales heridas que determinaron su fallecimiento antes de recibir atención médica.

"Iniciada y adelantada la correspondiente investigación se realizó la audiencia pública para el juzgamiento de Hernández, pero el veredicto proferido por el jurado de conciencia al culminar la diligencia fue declarado contraevidente, con lo que esta actuación procesal hubo de repetirse el 2 de diciembre de 1981, ocasión en que al juri se le propuso el cuestionario cuyo texto dice:

" '...el procesado Luis María Hernández..., es responsable, si o no de haber dado muerte, con intención de matar a Rosa María Cruz viuda de Coy, mediante heridas producidas con arma cortopunzante..., y abusando de las condiciones de inferioridad personal de la ofendida...'

Y el jurado produjo el siguiente veredicto en la hoja original de la pregunta (fl. 513 cuaderno principal):

" 'Si es responsable de homicidio voluntario'.

"Mientras que en la copia al carbón respondió:

" 'Sí es responsable pero de homicidio voluntario' (fl. 250 cdno. copias).

"En el acta de la audiencia —que no suscribió el apoderado de la parte civil— se consignó una constancia que a la letra dice:

" 'Transcurridos algunos minutos uno de los miembros de tal jurado solicitó al Presidente de la audiencia su presencia dentro del salón donde se llevaban a cabo las deliberaciones, según lo explicaron los mismos con ánimo de que se les aclarara los pasos a seguir para la contestación del cuestionario. El juez atendió la petición explicando a los jurados que debían responder en las tres hojas, con el mismo texto desde luego, contentivas del cuestionario y a la vez firmarlas también todos tres. A continuación el titular del juzgado abandonó el recinto de deliberaciones y estas se continuaron y concluyeron... Como es apenas lógico la intervención del juez en cuanto al punto se refiere se limitó a la explicación de la técnica a seguir para la contestación del cuestionario mas no en cuanto a la respuesta a proferir...' " (fl. 512 cd. ppl.).

La demanda:

Formula un único cargo al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad").

Y consiste en la violación del artículo 561 de la obra mencionada, en relación con el artículo 564 *ibídem*, lo cual, en sentir del impugnador implica inobservancia de la fundamental garantía del debido proceso, según la preceptiva del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Sobre la base de la constancia indicada en el Acta de Audiencia Pública, ya transcrita, y que da cuenta del llamado que hiciera el jurado de conciencia al juez de derecho para requerir una información sobre la manera como debían consignar su veredicto, el recurrente

funda su censura y trata de demostrar la realidad y procedencia de la misma.

Textualmente afirma que la prohibición del artículo 564, no excepciona a persona alguna, así se trate del propio juez de la causa, "ni autoriza a éste para comunicarse, en tales momentos, con los miembros del jurado, ni con alguno de ellos. Hacerlo el juez es llevar al juzgador de hecho a quebrantar su juramento, como que según el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, los miembros del Tribunal de conciencia prometen, bajo la gravedad del juramento, "no comunicarse con nadie, sino entre vosotros mismos en la conferencia que vais a tener, sobre la causa sometida a vuestro veredicto". Y ese adverbio nadie no admite excepción de ninguna naturaleza, ni siquiera la del presidente de la Audiencia.

"Insisto ningún pretexto, ni el de ilustración al jurado sobre cuestiones procesales; ni nadie y en esto está incluido el propio juez de derecho, puede interrumpir la deliberación del jurado, ni propiciar el quebrantamiento de la promesa hecha bajo la gravedad del juramento de todos y cada uno de los miembros del tribunal popular a quienes se exige, insisto, no comunicarse con nadie en esos momentos.

"Es cierto que la honorable Corte Suprema, en sentencia de 5 de abril de 1954 (G. J. T. LXXVII pág. 456), dijo que 'El juez de derecho tiene la obligación de no inmiscuirse, en lo mínimo, en la deliberación sustancial del jurado, ni más ni menos que como los extraños al juicio. Pero esto no impide que, en lo referente a cuestiones de mera forma y procedimiento, pueda muy bien aportar sus luces de experto a quienes por definición, no son expertos en tales cuestiones'. Pero esta doctrina, que respetuosamente estimo debe ser rectificada por la honorable Corte, para evitar que los miembros del jurado incurran en perjurio y para que no se violen preceptos enfáticos del procedimiento penal, de trascendental importancia, tal doctrina debe ser rectificada.

"Otra cosa es lo que dice la sentencia del siete de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro (Gaceta Judicial. Tomo LXXVII, pág. 464) sobre facultad del juez de reunir al jurado para que aclare el veredicto, pues aquí ya no se trata de interrumpir la deliberación ni de comunicarse ninguno de sus miembros con persona alguna extraña al tribunal popular..."

Concepto del Ministerio Público:

Concretándose al comentado cargo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, anota: "...En el caso presente el interés de la parte civil no ha sido vulnerado por cuanto la esencia de su naturaleza y de sus fines quedó intacta, y así lo advierte el distinguido recurrente en la demanda; tampoco los derechos del procesado ni el proceso en sí sufrieron menoscabo con la actitud ciertamente irregular del jurado de conciencia, uno de cuyos miembros llamó la atención e hizo ingresar al juez de la causa en el salón de deliberaciones para hacerse explicar la técnica en el diligenciamiento del cuestionario.

"La nulidad alegada, que tampoco prosperó en las instancias no existió, en opinión de la Procuraduría Delegada, y la misma acta de la audiencia pública con su constancia pertinente así lo demuestra: la actividad del juez superior se concretó a dar una explicación que para los miembros del jurado —evidentemente personas carentes de versación respecto de las disciplinarias del derecho— era importante, pero que no tocó el sentido del veredicto a emitir; si alguien es o puede ser responsable de la conducta de los jueces populares, son ellos mismos, y así lo ha previsto el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal al prevenirlos sobre su posible incursión en el delito de prevaricato, con lo que de paso la ley deja a salvo la tramitación procedimental y la libera de la carga que implicaría su nulidad por la imprudencia, o impericia, o malicia de los miembros del jurado..."

Consideraciones de la Sala:

El censor pretende no sólo que se desconozca el sentido de la norma que considera violada y, según él, constitutiva de formas básicas e insoslayables del juzgamiento, sino también las atribuciones del juez de derecho, durante la celebración de la audiencia pública.

Ciertamente *el artículo 561 no busca aislar en forma absoluta a los miembros del jurado, al punto que les esté vedado solicitar una explicación, aclaración, información, etc.; de las personas que intervienen en el debate, incluido, obviamente, el juez, el personal del juzgado y el propio procesado. Se persigue, sí, para lograr su independencia y asegurar su imparcialidad, alejarlo de malsanas influencias, de actitudes equívocas que revelen la orientación de su criterio o hagan posible la dirigibilidad intencionada del mismo, o de la concesión de ventajas unilaterales a alguna de las partes.*

Si el juez es el director de la audiencia, con poderes tan radicales e inobjetables que ni siquiera son susceptibles de ser apelados a instancias superiores, debe como tal contar con atribuciones suficientes para procurar su ordenado desarrollo, corrigiendo excesos, controlando desafueros y resolviendo los conflictos surgidos en ella. De ahí que sea lógico afirmar que está autorizado para intentar, por iniciativa propia, contactos con el jurado de conciencia o atender las solicitudes que estos le comuniquen. La naturaleza de una y otra intervención, así como sus modalidades y efectos, apreciables en cada caso, indicarán si la actuación se ha movido en el campo de la licitud o ha desbordado sus cauces normales y legales, al extremo que conciten, entonces, medidas de variada índole: anulación del procedimiento actuado, sanción disciplinaria para el juez de derecho, tratamiento penal para éste o para los jurados de conciencia.

La doctrina, a este respecto, no deja de ocuparse de estas claras y generales reglas y por eso ha dicho: "Es que el juez de derecho tiene la obligación de no inmiscuirse, en lo mínimo, en la deliberación sustancial del jurado, ni más ni menos que como los extraños al juicio. Pero esto no impide que, en lo referente a cuestiones de mera forma y procedimiento, *pueda muy bien aportar sus luces de experto a quienes, por definición no son expertos en tales cuestiones... es deseable que, al menos en la práctica (a falta de reglamentación ex-*

presa) se introduzca la sana costumbre de que, cuando los jurados tengan alguna aclaración que solicitar al presidente de la audiencia, lo hagan siempre en presencia del jurado completo, y también de los defensores, de la parte civil y del fiscal. Así no será nunca necesario entrar en el terreno de las pruebas sobre lo que hubiere sido objeto de intercomunicación entre el juez de derecho y alguno o algunos jueces de conciencia" (G. J. LXXVII, págs. 456, 1954).

Si el jurado, en el caso examinado, tenía dudas sobre la forma como debían registrar su veredicción (v. gr. a continuación del cuestionario o en hoja aparte, sólo en original o en los duplicados, con la firma de todos o de algunos, si cabía unificar la respuesta o separar sus opiniones, etc.) el llamado a solucionarlas era el juez. Esta clase de informaciones, como sus similares, no sólo deben suministrarse a instancias del jurado, sino que deben facilitarse al momento de proceder a la deliberación, para que aquél sepa la forma como debe cumplir con sus deberes, evitando así confusiones, irregularidades o indebidas restricciones de concepto. Actuar en este sentido no constituía una labor de indebida intromisión ni implicaba presión censurable sobre el jurado, vedada al juez de derecho. La prohibición, por lo que respecta al juez pues en cuanto a los particulares es más tajante y amplia, impide la invasión franca o sutil a la esfera de las apreciaciones. Pero no puede restarle sanas y plausibles facultades al director de la audiencia, ni menos considerar a éste tan peligroso y contaminante que no le sea dable acercarse al jurado, ni responderle a éste preguntas sobre aspectos secundarios y ajenos a la esencia del juicio, o solicitarles adecuadas y debidas aclaraciones a su veredicto.

El juez obró conforme a claros dictados legales, sin comprometer ni su función ni la de los jurados. Ejercitó una atribución que le concede el Código de Procedimiento Penal y que aparece como fenómeno consustancial al papel que éste le asigna en esta clase de juzgamientos, y lo hizo en forma poderada, estricta, con sujeción a las normas, dejando constancia de su proceder y bajo la vigilancia de las personas intervinientes en el debate.

No se afectó el debido proceso ni se menoscabaron los derechos del procesado. No se le expuso a una condenación, ni se desconocieron las facultades del jurado. Hubo corrección absoluta en la actividad judicial cumplida.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar, como en efecto *no casa*, el fallo recurrido, ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ELABORACION DE CUESTIONARIOS. CIRCUNSTANCIAS

Las circunstancias que deben ser incluidas en el cuestionario son igualmente aquellas que, debidamente comprobadas tienen un sentido jurídico, esto es, aquellas que pueden modificar la pena correspondiente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 60.

Vistos:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó al agente de la policía *Daniel Escobar Marmolejo* a la pena de diez años de prisión por el delito de homicidio, interpuso recurso de casación el defensor del condenado.

Presentada la demanda que se declaró ajustada a las exigencias formales previstas en la ley, se procede a decidir.

Hechos:

Fueron narrados en la siguiente forma por el señor Procurador Delegado para la Policía Nacional:

"El procesado Daniel Escobar Marmolejo, como Agente de la Policía Nacional, prestaba servicio en el puesto de Rionegro, caserío de la comprensión municipal de Dolores, Departamento del Tolima, puesto bajo el mando del agente Luis Octavio Cardozo Castro. El 17 de marzo de mil novecientos ochenta, mientras se desempeñaba como Jefe de Información, el agente Escobar se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes, lo cual al parecer hacía en forma más o menos continua desde hacía tres días. Esto determinó el que su jefe inmediato Cardozo Castro le recriminara su comportamiento bajo la amenaza de informar a sus superiores tan seria anomalía, lo cual llevó al procesado a tomar su carabina de dotación oficial y dispararla sobre aquél, causándole la muerte de inmediato. Acto seguido el agente al ser requerido por otro compañero sobre lo que acababa de suceder, lo amenazó y mientras éste se ponía a salvo, Escobar se disparó dos tiros que le produjeron serias lesiones".

Actuación procesal:

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar iniciara la investigación correspondiente. Ese mismo juzgado dictó auto de detención preventiva el 29 de abril de 1980 contra el sindicado Daniel Escobar Marmolejo, por el delito de homicidio cometido en la persona del agente de la policía Luis Octavio Cardozo Castro.

Terminada la etapa investigativa el Auditor Auxiliar de Guerra número 52, emitió un concepto el 13 de marzo de 1981 en virtud del cual solicitó la convocatoria de un consejo verbal de guerra para llevar a cabo el juzgamiento del procesado Escobar Marmolejo.

El Departamento de Policía Tolima, como Juez de Primera Instancia dictó la Resolución número 0062 del 27 de mayo de 1981 por medio de la cual convocó el consejo verbal de guerra para el juzgamiento del procesado. En tal virtud se verificó la respectiva audiencia el 2 de junio de 1981 al término de la cual los vocales, por unanimidad respondieron afirmativamente al siguiente cuestionario:

"El acusado presente, Daniel Escobar Marmolejo Agente de la Policía Nacional para la época de los hechos, de anotaciones civiles y calidad policial registradas en el proceso, es responsable *sí* o *no*, de haber causado la muerte al agente de la Policía Nacional Luis Octavio Cardozo Castro con intención de matar, mediante herida propinada con arma de fuego (Carabina M-1), que le determinó su fallecimiento conforme se describe en la diligencia de necropsia que obra a folio 69 del cuaderno original, en actos sucedidos con ocasión del servicio y con pretexto del mismo, que se desarrollaron en el alojamiento de la víctima ubicado en el Puesto de Policía de Rionegro, jurisdicción del Municipio de Dolores (Tolima), el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta (1980), dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en el proceso?".

El Presidente del Consejo Verbal de Guerra dictó sentencia el 5 de junio de 1981; en ella condenó a Daniel Escobar Marmolejo a la pena de ocho años de prisión y a las pertinentes penas accesorias.

Apelada la sentencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior Militar el 31 de mayo de 1982, con la modificación consistente en que la pena principal se aumentó a diez años de prisión.

La demanda de casación:

Dos cargos diferentes sirven de apoyo al recurrente para sustentar la demanda presentada contra la sentencia que puso fin al proceso; el primero basado en la causal cuarta de casación prevista en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el segundo con fundamento en la causal primera contemplada en la misma disposición.

Causal cuarta. Afirma el impugnante que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad de carácter constitucional, por cuanto el cuestionario sometido a la consideración de los vocales no consignó la circunstancia de que el procesado, al momento de los

hechos se encontraba bajo un estado de "embriaguez simple aguda", ni en él se hizo una síntesis de los hechos.

"Por tanto —agrega— las fallas que se anotan al cuestionario, al no señalar inequívocamente el estado de ebriedad aguda y simple en que se encontraba el procesado en el momento de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dan por anotadas en el proceso, en forma genérica, dan base suficientemente firme para que se concluya que en su redacción se ha incurrido en nulidad de tipo supralegal, la que da base, igualmente, para ser alegada a través de la causal cuarta de casación y en consecuencia no cabe duda que el proceso es nulo a partir del momento en que se formuló el cuestionario analizado, por cuanto se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad".

Causal primera. Afirma el recurrente que cuando se dictó la sentencia de segunda instancia ya se hallaba vigente el Código Penal de 1980, de modo que no era posible incrementar la pena que se había impuesto en la primera instancia, con desconocimiento del principio de favorabilidad. Así mismo se aplicó indebidamente el principio consagrado en los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que en el proceso no hay circunstancia alguna de agravación, ni al procesado le aparecen antecedentes penales.

La sentencia recurrida agravó la sanción al condenado por cuanto el agente Escobar Marmolejo tiene antecedentes de carácter disciplinario; no obstante, que tales hechos ya fueron sancionados y pueden ser invocados para aumentar la pena, pues de lo contrario se violaría el principio del *"in dubio pro reo"*.

Respuesta del Ministerio Público:

Señala el señor Procurador Delegado para la Policía Nacional que el cargo formulado al amparo de la causal cuarta de casación carece de consistencia lógica, pues en manera alguna fundamenta la relación lógica que pueda existir entre la supuesta redacción del cuestionario y el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que ni siquiera explica en que consiste lo defectuoso de la redacción.

El impugnante pretende que el cuestionario contenga las "condiciones subjetivas y muy particulares", como la embriaguez, cuando en las normas que rigen la elaboración de los cuestionarios se destaca que a los vocales se debe preguntar sobre los elementos fácticos, con descripción de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, lo que en el presente caso se hizo en forma correcta.

En relación con el cargo propuesto con base en la causal primera anota el colaborador fiscal que el casacionista incurre en falta de técnica y ambigüedad fácilmente demostrables, pues en manera alguna probó en qué forma se violó el principio de la favorabilidad o se desconoció el artículo 26 de la Constitución.

Tampoco demostró en qué forma fueron aplicados indebidamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, "...para afirmar a renglón seguido que no hay en contra del procesado circunstancia de agravación,

ni le aparecen antecedentes penales y sólo presenta circunstancias de atenuación, insistiendo en el estado de embriaguez. Salta a la vista que no existe argumentación válida para sustentar la violación de la ley y que tal vez lo que propuso el recurrente fue invocar una apreciación errónea de las pruebas que según él hablen de las circunstancias de atenuación punitiva sin que precise si se incurrió en error de hecho o de derecho y en cuales pruebas se fundamenta su afirmación de que en este caso sólo se pueden predicar tales circunstancias".

Destaca que la pena se agravó por la concurrencia de los siguientes hechos: a) El irregular comportamiento social y policial del condenado, pues había sido sancionado por embriaguez y evasiones del puesto; b) Que por hallarse el país en estado de sitio y afectado el orden público en el lugar en donde prestaba el servicio, la conducta del policía requería especial rectitud; c) La relación de superior e inferior entre víctima y autor; d) El obrar por motivos futiles y e) La insensibilidad social y moral demostrada por el comportamiento posterior. Todo lo anterior enmarcado por lo preceptuado por los numerales 1º, 3º, 4º, 6º y 12 del Código de Justicia Penal Militar, a más que la embriaguez aguda fue considerada como circunstancia que atenúa la responsabilidad penal.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta de casación. A pesar de que el recurrente no señala con claridad la razón por la cual estima que fue vulnerado el artículo 26 de la Constitución Política y que, por lo tanto la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, todo parece indicar que el impugnante considera que se violaron las formas propias del juicio al haber sido redactado en forma defectuosa el cuestionario que se sometió a la consideración de los vocales.

Las reglas que deben seguirse para la elaboración de los cuestionarios que se someten a la consideración de los jurados o de los vocales son idénticas en los Códigos de Procedimiento Penal y de Justicia Penal Militar (arts. 533 y 559, respectivamente). Esas disposiciones señalan que en el cuestionario se "...determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica".

A más de la pregunta sobre la responsabilidad de un procesado, el cuestionario debe contener, pues, el hecho materia de la causa y las circunstancias en que fue cometido. No obstante, el alcance de estas exigencias legales debe ser precisado a fin de que no se distorsione el sentido y finalidad de esas disposiciones.

Cuando la ley exige que en el cuestionario se determine el hecho materia de la causa, está haciendo referencia al hecho típico, vale decir a la conducta realizada por el agente, en la medida en que tal conducta tiene una significación jurídica, de manera que la determinación deberá hacerse teniendo en consideración los elementos que conforman el tipo, sin que sea dable darle a ese hecho denominación legal.

Las circunstancias que deben ser incluidas en el cuestionario son igualmente aquellas que, debidamente comprobadas, tienen un sentido jurídico, esto es, aquellas que pueden modificar la pena correspondiente. Muchas son las circunstancias que pueden rodear un hecho delictivo, sin embargo en el cuestionario sólo deben consignarse las que fueron indicadas en precedencia, pues ni siquiera las que la anterior codificación llamaba de mayor y de menor peligrosidad deben ser de la apreciación de los jueces de hecho, pues por mandato del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, ellas corresponden al juez de derecho y deben ser analizadas en la sentencia.

De manera que el cargo carece por completo de razón porque si bien es verdad el condenado se hallaba, cuando cometió el hecho, dentro de una embriaguez simple aguda, esa circunstancia en manera alguna lo colocó dentro de una situación de inimputabilidad que hiciera aplicable el artículo 580 del Código de Justicia Penal Militar. Además, la embriaguez simple aguda no es elemento del delito de homicidio ni de ningún otro hecho punible, ni representa una circunstancia modificadora de la pena. Se tuvo en cuenta en la sentencia como circunstancia genérica de atenuación punitiva tal como correspondía hacerlo por mandato legal.

No prospera el cargo.

Causal primera de casación. A juicio del recurrente se violó en forma directa la ley sustancial, por cuanto fueron aplicados indebidamente los artículos 61 y 67 del Código Penal.

Como bien lo advierte el señor Procurador Delegado la demanda no cumple con el deber de demostrar el cargo propuesto, pues en manera alguna prueba su afirmación de que se aplicaron indebidamente los citados artículos del Código Penal sustancial.

Reiteradamente ha señalado la jurisprudencia que el concepto de aplicación indebida de un precepto sustancial es fenómeno que ocurre cuando se aplica una disposición que no está llamada a resolver el punto de que se trata; esto es, cuando los supuestos de hecho de la norma no responden a la conducta que se dio en la realidad y por lo tanto aquella no resultaba aplicable.

El artículo 61 del Código Penal, señala los criterios para fijar la pena y para tal fin dispone en concreto que el juez la aplicará dentro de los límites mínimo y máximo previstos en la respectiva disposición, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. De la simple lectura de este texto legal conclúyese que siempre que se dicte una sentencia de condena serán aplicables sus preceptos, de donde resulta contrario a la lógica aducir aplicación indebida de esta disposición.

Tampoco se ve la razón que asiste al recurrente para afirmar que se dio aplicación indebida al artículo 67 del mismo ordenamiento, norma que dispone que el máximo de la pena sólo será aplicable

cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando sólo concurran de atenuación. De aceptarse el planteamiento del impugnante tendría que concluirse que esta diposición se aplicó cuando no ha debido aplicarse, cuando lo cierto es que en la sentencia realmente no se hizo ninguna referencia a ella, o si se hizo en forma indirecta para aumentar el mínimo de la pena, se procedió con pleno respaldo en la ley pues en el caso que se juzgó concurrían circunstancias de agravación punitiva como lo precisó el Ministerio Público y que, por lo tanto impedían la aplicación del mínimo de la pena.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto de su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EXTRADICION

NACIONALES COLOMBIANOS. ESTATUTO PENAL ACTUAL. TRATADOS PUBLICOS

De conformidad con tales preceptos si en un Tratado Público de Extradición suscrito por Colombia se autoriza, o al menos, no se prohíbe la concesión o solicitud de extradición de nacionales colombianos el Gobierno no podrá negarse a extraditarlos por razones de nacionalidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 60 de julio 5 de 1983.

Vistos:

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envía a la Sala la documentación que considera pertinente para obtener concepto sobre extradición del ciudadano colombiano *Fernando Ibagón Ibagón,* según petición del Gobierno ecuatoriano.

Resultandos:

1. Por intermedio de la Embajada del Ecuador, solicítase al Gobierno colombiano la extradición del señor Fernando Ibagón Ibagón, de nacionalidad colombiana, por supuesto delito de estafa.

La petición viene acompañada de varias facturas comerciales y de actuación procesal del Juzgado Octavo en lo Penal de Guayas, lo mismo que de una providencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en la que se declara procedente al pedido de extradición.

2. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia certifica que está vigente el "acuerdo *sobre extradición*" entre Colombia y Ecuador suscrito el 18 de julio de 1911 y aprobado por nuestro país mediante la Ley 26 de 1913, del cual acompaña fotocopia.

3. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 755 del Código de Procedimiento Penal y 137 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado de la solicitud de extradición al ciudadano Ibagón

para su notificación personal. Al no haberse podido localizar, se le nombró apoderado de oficio, previo edicto emplazatorio, y con dicho abogado se surtió aquella notificación.

Considerandos:

1. *En materia de extradición, tanto el estatuto penal de 1936 como el actual establecen la primacía de los tratados internacionales sobre la ley doméstica; pero en cuanto a la situación de los nacionales colombianos hubo importante modificación: En efecto, mientras el código anterior prohibía su extradición (art. 9º), el que hoy rige dispone, en cambio, que "la extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos" sin embargo, agrega que "en ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales" (art. 17). Síguese, pues, de conformidad con tales preceptos que si en un tratado público sobre extradición suscrita por Colombia se autoriza, o al menos, no se prohíbe la concesión o solicitud de extradición de nacionales colombianos, el Gobierno no podría negarse a extraditarlos por razones de nacionalidad.*

Ahora bien, como quiera que el convenio suscrito entre Colombia y Ecuador sobre esta materia no exceptúa de extradición a los nacionales de uno u otro país, conclúyese que, por este aspecto, no tendría obstáculo legal la extradición del ciudadano Ibagón.

No obstante, la documentación aportada por el Gobierno ecuatoriano adolece de omisiones insalvables que impiden por ahora la prosperidad de su pedimento. Veámoslas:

2. El artículo 8º de aquel convenio expresa que la solicitud de extradición debe estar acompañada de la sentencia condenatoria o del auto de detención de la persona cuya extradición se solicita, "con la designación exacta del delito o crimen que la motivaran y de la fecha de su perpetración..." A tales documentos debe agregarse "una copia del texto de la ley aplicable al caso" y en cuanto sea posible las "señas de la persona reclamada".

3. En el presente caso el auto que dispone la detención preventiva de Fernando Ibagón (fl. 34) no señala el delito que se le atribuye ni indica la fecha de su realización pero ni siquiera la naturaleza del comportamiento que determinó tal medida. Sobre este particular la providencia solamente dice: "Por existir indicios y presunciones de responsabilidad contra el sindicado Fernando Ibagón Ibagón se ordena su detención preventiva, y como se encuentra prófugo, ofíciese a las autoridades de policía para que procedan a su captura".

4. De los mismos vacíos adolece el proveído de 22 de julio de 1981 dictado por el Juez Octavo de lo Penal de Guayas en el que "se confirma el auto de prisión preventiva dictado por el instructor".

5. De la documentación aportada despréndase el incumplimiento de las siguientes exigencias expresamente consagradas en el artículo 8º del acuerdo Colombo Ecuatoriano sobre extradición.

1ª Indicación exacta del delito que se le imputa al procesado cuya extradición se pide y que debió motivar el auto de detención; 2ª Indi-

cación de la fecha en que se cometió el hecho punible; 3ª) Copia auténtica del texto de la norma legal que describe y sanciona el hecho punible que se le atribuye.

Estas omisiones impiden por ahora un pronunciamiento favorable de la Corte.

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

Emitir concepto *desfavorable* a la solicitud de extradición del ciudadano Fernando Ibagón Ibagón, hecha por el Gobierno ecuatoriano.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ALVARO LUNA GOMEZ

Aun cuando comparto la conclusión que presenta el concepto aprobado por la Sala, aclaro mi voto en relación con los apartes en los cuales se consigna la idea de que el Gobierno colombiano no podría negarse a extraditar a ciudadanos colombianos por razones de nacionalidad.

La razón de mi disconformidad es la siguiente:

Fernando Ibagón Ibagón, ciudadano cuya extradición es solicitada por el Gobierno ecuatoriano, es nacional colombiano y actualmente se encuentra dentro del territorio patrio.

Con fundamento en lo dispuesto en el "acuerdo sobre extradición" (Ley 23 de 1913) celebrado entre Colombia, Ecuador y otras naciones y en el artículo 17 del nuevo Código Penal, en el concepto se estampa que "si en un tratado público sobre extradición suscrito por Colombia se autoriza, o al menos, no se prohíbe la concesión o solicitud de extradición de nacionales colombianos, el Gobierno no podría negarse a extraditarlos por razones de nacionalidad".

De mi parte considero que un nacional colombiano que se encuentra en su patria no puede ser extraditado, porque con ello se violarían de manera clara concretos preceptos de la Constitución. Parte de las razones de esta violación están expuestas por el señor Procurador General de la Nación en su concepto rendido en la demanda de inexequibilidad de la misma ley aprobatoria del tratado en mención. A las cuales habrán de agregarse otras. Mas, no se entra a realizar tal estudio, debido a que, haciendo la salvedad anterior, este Magistrado comparte los motivos que llevaron a la conclusión de la Sala. Se esperaría que se presente la oportunidad procesal para desarrollar lo indicado.

Sólo debe agregar que en casos de extradición de nacionales colombianos residentes en este País y, mientras la Corte, en Sala Plena, no se pronuncia sobre la demanda de inexequibilidad de la ley, lo indicado para no dar aplicación a la norma sobre extradición en comento, es la que se fundamentaría en el artículo 215 de acuerdo con el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Bogotá, 7 de julio de 1983.

Alvaro Luna Gómez.

JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO

No es pertinente aducir la causal del inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por la libertad de que gozan los integrantes del llamado Tribunal Popular en la apreciación de las pruebas. La Corte reitera su doctrina

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 62 de 12 de julio de 1983.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado por el apoderado de la parte civil en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que absolvió al procesado *Misael Reyes Torres* llamado a responder en juicio ante jurado por homicidio agravado en su legítima esposa Leticia Ramírez de Reyes.

Leticia Ramírez de Reyes murió en su casa el 24 de mayo de 1979 por los destrozos de la masa encefálica que le produjo el proyectil de arma de fuego que se alojó en su cráneo. Dos hipótesis para explicar el hecho surgieron desde entonces: a) La del suicidio que sostuvo su esposo, y b) La de que éste había sido el autor del disparo. El Juez 1º Superior de Bogotá se inclinó por esta última y llamó a Misael Reyes Torres a responder en juicio ante jurado por homicidio agravado por el vínculo matrimonial en auto de 28 de enero de 1980 que confirmó el Tribunal. La diligencia de audiencia pública se realizó el 29 de julio de 1982 y culminó con el veredicto que dice: "No es responsable de haber causado la muerte a su cónyuge Leticia Ramírez de Reyes".

En el término de que disponía el juez para dictar sentencia de absolución o decretar la contraevidencia del veredicto la parte civil solicitó se optara por lo último y sobre dicho tema, para descartarlo, se pronunció el juez en la sentencia absolutoria de agosto 9 de 1982 que fue apelada y que el Tribunal confirmó el 12 de noviembre siguiente mediante la que ahora resulta objeto del recurso extraordinario.

La demanda, si es que puede llamarse así al deshilvanado escrito con que se pretende sustentar el reproche, no reúne los requisitos

exigidos por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, allí preceptúa que debe "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estima infringidas". Tan graves defectos hacen imperioso su rechazo *in límine* y permiten que se declare desierto el recurso como se determinará luego de los análisis y razonamientos que siguen.

La demanda no expresa, por parte alguna, la causal o causales en que se apoya. En ella no aparece ni la más ligera cita del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que regla el punto. Se habla sí de "violación de la ley sustancial" y de "mala apreciación" y "falta de apreciación" de la prueba recogida en el proceso. Esto permite presentir que la impugnación se base en el cuerpo segundo de la primera causal de casación pero acontece, en primer término, que al referirse su autor a un posible "error de hecho", lo predica del testimonio mismo que critica como parcializado (el de la hija a favor del padre) y no de la labor del juzgador en su análisis, amén de que por parte alguna dice que aparece manifiesto de autos, en caso de que fuera correcto su planteamiento; en segundo término alude a otro testimonio, se limita a transcribirlo en parte sin comentario alguno y predica, en su interpretación, "error de hecho y de derecho", lo cual no resulta compatible ni es de recibo. Si ni siquiera se cita la causal mucho menos se indican en forma clara y precisa, como lo requiere la ley, los fundamentos de ella; y la lista de disposiciones legales que aparece en el libelo no constituye la cita de las normas sustanciales que se consideran o estiman infringidas por carencia absoluta de explicación de las mismas y concordancia con las disposiciones procedimentales cuya cita se omite.

Por otra parte, abundante es la jurisprudencia según la cual *en los juicios en que interviene el jurado, como en el caso presente, no es pertinente aducir la causal del inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por la libertad de que gozan los integrantes del llamado "tribunal popular" en la apreciación de las pruebas. El desconocer la convicción íntima que pudo guiarles en la adopción del veredicto equivale a la declaratoria de contraevidencia del mismo y ello resulta imposible en sede de casación pues es mecanismo procedimental que pertenece privativamente a las instancias.* Si bien se lee la demanda en su petición tercera, se verá que con total ausencia de técnica en el manejo del recurso, eso es precisamente lo que solicita el censor, es decir, y son sus propias palabras: "Que se dicte la sentencia declarando la contraevidencia del veredicto y reconociendo el homicidio sin causa justificativa y por lo tanto se dicte las condenas (sic) judiciales imperativas del caso".

Por lo anteriormente dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, *declara* desierto el recurso de casación intentado por la parte civil pues la demanda no reúne los requisitos de ley.

Notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Fabio Restrepo Arteaga, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Competencia de los Tribunales para juzgar a Personeros Municipales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 62 de julio 12 de 1983.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Valledupar su providencia de 14 de abril del corriente año, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal en este asunto y dispuso cesar procedimiento respecto del sindicado *Carlos Ospino Lascarro* en su calidad de Personero Municipal de Chimichagua.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la decisión consultada sea confirmada.

Hechos:

Los sintetiza la Procuraduría Delegada de la siguiente manera:

"El señor Juan Cubillos Alvarez presentó denuncia ante el Juez Promiscuo Municipal de Chimichagua, manifestando que el Personero Municipal señor Carlos Ospino Lascarro, había incurrido en el delito de falsedad en documento público, al suscribir un acta de entrega de una obra en la localidad de Astrea, el 13 de septiembre de 1972, sin haberse hecho presente en ese acto, ni en esa municipalidad el día señalado, no obstante aparecer en ella recibiendo a entera satisfacción la precitada obra, y haberla firmado en calidad de persona interviniente sin ser ello cierto".

Consideraciones de la Sala:

El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal dice que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de los procesos que se sigan "...a los personeros municipales por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas...", por lo que todas sus actuaciones en ejercicio del cargo estarían cobijadas por el citado fuero.

Sin embargo, la Corte reiteradamente ha sostenido que no todas las actuaciones de los personeros municipales se hallan protegidas por la norma para el juzgamiento, sino aquellas cuando su actividad lo es en su calidad de agente del Ministerio Público.

En la más reciente decisión de la Sala se precisó:

"...En efecto la Corte ha señalado que 'como el inciso primero del artículo 142 de la Constitución dice que «el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley», es decir que dejó al legislador la facultad de señalar, personas distintas a las mencionadas en esa norma, y el artículo 1º de la Ley 25 de 1974, designó como tales a los personeros municipales, la competencia de los Tribunales para conocer de las conductas presuntamente delictuosas que se les atribuyen, es incuestionable' (proceso contra Silvio Torres Pineda, Personero Municipal de Supía, auto de 10 de julio de 1975, Magistrado ponente José María Velasco Guerrero), máxime cuando el citado canon constitucional les asigna la misma categoría... privilegios... que los Magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo '..., aspecto este que tuvo en cuenta la Corte en auto de 23 de enero de 1953 (Magistrado ponente Luis Gutiérrez Jiménez. G. J. números 2124 l 2125, T. LXXIV)".

" 'Pero la cuestión no se circunscribe a saber si un Personero Municipal, por razón del fuero que le ampara, debe ser juzgado por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El asunto de mayor importancia radica en precisar hasta qué punto llega el mismo, en consideración a las infracciones en que incurran. El mencionado artículo 33 ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal, alude a los «...delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas». Bastaría, aparentemente, que se tratase de un delito de responsabilidad, esto es, el cometido como funcionario público (Personero Municipal) para deducir la eficacia de la situación foral comentada. Pero no es esto lo que ha querido el legislador y menos el constituyente".

" 'Nótese que el artículo 142 de la Carta, pertenece al Título XIV, denominado «Del Ministerio Público», y como su encabezamiento alude a Ministerio Público, llegando a tanto en esta importante singularización que, en el inciso final, la extensión de categorías, remuneraciones, privilegios y prestaciones del Ministerio Público la hace depender de la calidad y condiciones de los Magistrados y jueces ante quienes se ejerce esta específica función".

" 'Esto quiere decir, que la razón de ser de este fuero, así como su alcance, no es consecuencia propia del carácter de Personero Municipal (con atribuciones tan disímiles como que antes de la Ley 28 de 1974, art. 3º le constituía en representante del respectivo municipio) sino de la de su actividad como Ministerio Público, que surge precisamente cuando interviene ante los Juzgados Municipales y de Circuito' ".

"Este fuero conviene señalarlo, cada vez más en virtud de la reciente organización del Ministerio Público en los Juzgados de Circuito (art. 106 de C. de P. P. y Decreto 550 de 1970, Ley 25 de 1974)".

"Entonces, las infracciones que se contemplan en este fuero, corresponden a delitos de responsabilidad como Ministerio Público y no como Personeros Municipales, interesando a este respecto esa calidad constitucional, y no este nivel administrativo. Lo cual indica que esta especial competencia de juzgamiento debe interpretarse restrictamente, con apego a su finalidad y a sus presupuestos condicionantes, tesis que la doctrina y la jurisprudencia mantienen en una severa línea de aplicación. De no ser así, resultaría absurdo considerar a los Personeros Municipales con más amplio fuero que los jueces municipales o de circuito quienes, conforme al texto de la Carta, constituyen el límite de esa situación procesal. Para los primeros la tutela de la función alcanzaría aspectos administrativos y jurisdiccionales, restringiéndose, para los segundos a esta última actividad. Además la exclusión de funciones de igual rango (Alcaldes Municipales), que ejercen atribuciones administrativas de índole similar, señala a las claras que la razón del fuero no estriba en la calidad única de Personero Municipal, que sí en la de Ministerio Público ante los Jueces Municipales y de Circuito (proceso contra Luis Horacio Quintero Valencia, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez, diciembre 4 de 1975)".

El anterior criterio de la Sala cobra validez en este caso ya que al Personero Carlos Ospino Lascarro se le imputa un delito de falsedad en documento público en ejercicio de su cargo como autoridad de carácter administrativa y no de Ministerio Público Municipal.

En suma, debe declarar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 27 de octubre último (fl. 24) por medio del cual se dispuso oír el concepto del Ministerio Público sobre posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por prescripción de la acción para que las diligencias sean remitidas al juez competente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, *declara nulo* lo actuado en este proceso a partir del auto de 27 de octubre último, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Fabio Restrepo Arteaga, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE CASACION

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Si bien es cierto que en materia civil no existe intervención del Ministerio Público, la remisión que hace el Código de Procedimiento Penal al de Procedimiento Civil, es sólo en cuanto a la determinación de la causal o causales que deban invocarse, en el recurso de casación, mas no de su trámite, el cual se halla debidamente reglamentado en el procedimiento penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 62.

Vistos:

Por auto de 7 de septiembre último, esta Sala, en forma unánime, *revocó* el de 21 de enero de 1982, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá, negó a la parte civil el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la providencia que determinó, en concreto, el monto de los perjuicios causados con la infracción por la cual se condenó al procesado *Abel Carrasco Amaya* mediante sentencia de 9 de noviembre de 1961; concedió el citado recurso para ante la misma Sala; lo declaró admisible y ordenó correr el traslado de ley.

Contra esta decisión, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal interpuso recurso de reposición y dentro del traslado a las demás partes, el doctor Alejandro Venegas Gil, en su condición de parte civil dentro del proceso, se opone a las pretensiones del colaborador fiscal y solicita de la Sala un pronunciamiento desfavorable.

Considerando:

Como el recurso interpuesto por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, ha sido condicionado a la facultad que pueda tener el Ministerio Público para intervenir en el recurso extraordinario de casación cuando se trata de indemnización de perjuicios, ya que el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal prescribe que sólo son procedentes las causales de casación en materia civil y "en la casación

civil no interviene el representante de la sociedad, pues en ella sólo se debaten intereses particulares", debe la Sala hacer claridad con relación a lo anotado por el recurrente, ya que de no tener personería para intervenir en la etapa procesal, cabría razón a la parte civil cuando dice que el escrito presentado por el Ministerio Público "...es irrevelante (sic) y la providencia que concede el recurso de casación está ejecutoriada, puesto que legal y realmente no ha sido impugnada".

Dentro del proceso penal las partes pueden promover legítimamente diversos incidentes, como el de regulación de perjuicios causados con la infracción, embargo y secuestro de bienes cuando exista auto de detención, nulidades, recusaciones, etc.

El artículo 102 del Código de Procedimiento Penal prescribe:

"...El Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal, de defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción*...(Subraya la Sala)".*

"...En cumplimiento de esos deberes, el Ministerio Público pedirá la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, la detención o libertad del procesado cuando sean pertinentes y, en general, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal*...(Subraya la Sala)".*

El mismo estatuto contempla la intervención del Ministerio Público antes del proceso penal (art. 320) después de ejecutoriada la sentencia (art. 698) y en los recursos extraordinarios (arts. 570, 571, 586 y 587).

El Procurador expresa que el artículo 572 del ordenamiento procesal penal establece que cuando se trate de indemnización de perjuicios "sólo son procedentes las causales de casación en materia civil y en la casación civil no interviene el representante de la sociedad".

La Sala se permite aclarar que *si bien es cierto que en materia civil no existe la intervención del Ministerio Público, la remisión que hace el Código de Procedimiento Penal al de Procedimiento Civil, es sólo en cuanto a la determinación de la causal o causales que deban invocarse en el recurso de casación, mas no a su trámite, el cual se halla debidamente reglado en el Procedimiento Penal.*

La modificación introducida por la Ley 22 de 1977 al artículo 572, sólo se refiere a lo relacionado con la cuantía del interés para recurrir, ya que por depreciación de la moneda, la competencia por este factor no corresponde a la realidad económica del país.

Con fundamento en lo anterior, la Sala no puede dejar de atender el recurso interpuesto oportunamente por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, ni puede acceder al pedimento de la parte civil consistente en declarar debidamente ejecutoriado el auto recurrido.

Este aspecto decidido por la Corte, procede el concerniente a los fundamentos del recurso de reposición, respecto de los cuales advierte la Sala lo que a continuación se indica:

Tanto el Código de Procedimiento Penal (art. 169) como el de Procedimiento Civil (art. 302) hacen una clasificación de las providencias judiciales.

De modo que en cada procedimiento tienen la categoría que en forma exacta les atribuye el respectivo estatuto.

En el citado artículo 169 del Código de Procedimiento Penal determina:

"...Las providencias que se dicten en el proceso penal se denominarán autos y sentencias y se clasifican así:..."

"...1. Sentencias si deciden sobre lo principal del juicio, sean que se pronuncien en primera o segunda instancia o a virtud del recurso extraordinario..."

Corresponde entonces, determinar si la regulación de perjuicios es decisión principal del juicio o simplemente accesoria de la declaratoria de responsabilidad del procesado y de la aplicación de la pena.

El artículo 319 del Código de Procedimiento Penal prescribe que el funcionario que reciba denuncia o que tenga conocimiento de un hecho cuya investigación deba iniciar de oficio, "...resolverá abrir la investigación correspondiente al descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos y de la cuantía de los perjuicios" *(Subraya la Sala).*

Siendo así que el proceso penal tiene como fundamento determinar si un hecho es delictivo, el de establecer sus autores o partícipes, la personalidad de los mismos para fijar su grado de responsabilidad, la pena que les corresponda y, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, cabe concluir que todos esos factores son la base del proceso y de la decisión definitiva que recaiga en él, esto es, de la sentencia a que hace referencia el citado artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 171 ibídem *que determina la manera de proferir la sentencia, en su ordinal 5º, literal d) precisa que ésta debe contener:*

"...Los fundamentos jurídicos en que se apoye el fallo para declarar la responsabilidad civil de los que hubieren incurrido en ella y para fijar la cuantía de la indemnización correspondiente..."

Y en su ordinal 6º, reitera:

"...Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio...y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables, fijando la cuantía de la indemnización..."

Todo lo anterior está predicando, de manera inequívoca, que son entre otras, disposiciones constitutivas de la sentencia, la condenación al pago de los perjuicios derivados del delito y la fijación de la cuantía de la indemnización.

Corresponde, pues, a la persona natural o jurídica, que se crea perjudicada con el delito, constituirse parte civil, si a bien lo tiene,

para procurar la declaración judicial sobre la naturaleza y cuantía de los perjuicios.

Si para el momento de la audiencia pública, el afectado con el delito no hubiese promovido la acción civil dentro del proceso penal, corresponde al Ministerio Público presentar un alegato sobre los perjuicios, dando su concepto sobre la naturaleza y cuantía de los mismos (arts. 134 y 135 del C. de P. P.).

El legislador contempló la posibilidad de ejercitar la acción civil, limitándola en el tiempo, al momento de entrar el proceso al Despacho del juez o magistrado para dictar sentencia de segundo grado o de única instancia, según el caso, momento en el cual precluye para la persona afectada con la infracción su derecho de constituirse en parte (art. 126 ibídem*); pero para salvaguardar los intereses de las personas no constituidas y perjudicadas con el delito, está previsto que el Ministerio Público subsane la ausencia de aquellas en el curso del proceso.*

En suma, la parte civil debe promover toda su actividad para obtener en la sentencia la declaración judicial de perjuicios en forma concreta y determinada y si así ocurre, puede ella recurrir en casación, por la vía de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, para demostrar que el sentenciador violó la ley sustancial por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso y de prosperar el recurso, la Corte, en sede de casación, podrá determinar la naturaleza de la indemnización y su cuantía verdadera, sustituyendo en este aspecto el fallo impugnado al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 ibídem.

Si, por el contrario, en el proceso no pudo acreditarse a plenitud la naturaleza de los perjuicios y el monto de su indemnización, la parte civil tendrá que extender su actividad a la demostración de su cuantía dentro del incidente de regulación posterior a la sentencia, que constituye, por tanto, desarrollo de ésta y parte fundamental de la misma, sin que la circunstancia puramente temporal de que su valor quede determinado con posterioridad, excluya tal regulación matemática de las disposiciones que legalmente debe contener la sentencia condenatoria, ni impida a la parte civil, tampoco, el derecho que asiste a ésta para interponer el recurso de casación respecto de la cuantía de los perjuicios así determinados, tan pronto lo sean como consecuencia del fallo.

Sobre este aspecto la Sala en auto de 24 de marzo de 1980 (Acta Nº 30), elaboró la siguiente doctrina, que ahora reitera:

"...En el proceso penal apenas se condenó en abstracto al pago de los perjuicios. Para concretarlos, se hizo necesario el desarrollo de un nuevo proceso, que culminó en segunda instancia con la confirmación del mandato condenatorio pero, incrementando la cuantía de la indemnización de $ 1.014.120.oo a $ 6.022.742.50...;"

"...Dentro de este asunto el recurso de casación se interpuso únicamente con relación a la indemnización de perjuicios. Entonces para su viabilidad, a más del origen de la providencia; proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior, debe tenerse en cuenta no el máximo de la pena privativa de la libertad señalada para el

delito de cuya ejecución se generó la obligación de indemnizar, sino la cuantía de la indemnización y, como ésta excede de $ 150.000.oo, síguese que el recurso interpuesto es admisible..."

"...Tanto más cuanto que ha de tenerse en cuenta que en casos como el presente, las dos providencias de segunda instancia proferidas dentro de los procesos por falso testimonio y para fijación de la cuantía concreta de indemnización de perjuicios, forman una verdadera unidad jurídica con identidad de personas como partes, con identidad de juez del conocimiento y con la consideración de que la de segunda instancia proferida dentro del proceso tendiente a hacer efectiva la indemnización, encuentra su origen en la de segunda instancia dictada dentro del proceso adelantado por falso testimonio, siendo, en consecuencia, corolario de aquella..."

"...Pero aún prescindiendo de lo anterior, teniendo el recurso de casación en el campo civil como finalidades no solamente las dos señaladas en la primera parte del artículo 365 del respectivo Código de Procedimiento (unificación de la jurisprudencia y proveer a la realización del derecho objetivo de los respectivos procesos), sino también la de procurar 'reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida', es apenas natural que si alguna de las partes se siente agraviada en este último aspecto, en guarda de los derechos de los asociados, ha de brindársele la oportunidad procesal para que pueda procurar el que se le reparen los agravios, si es que se cree lesionado y siempre y cuando que la cuantía cubra a lo menos el mínimo de los $ 150.0000.oo señalado por la ley..."

"...Agréguese a lo anterior que no cabe objetar el que no se hubiera interpuesto en su debido tiempo recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia por medio de la cual culminó el proceso seguido por falso testimonio, ya que en ese momento no era viable puesto que, a pesar de tratarse de una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal de Distrito Judicial, no se cumplía el requisito consistente en que el delito tuviera 'señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años (C. de P. P., art. 569), ni tampoco se condenó en concreto al pago de una suma indemnizatoria superior a $ 150.000.oo..."

"...Pero en esa misma providencia quedó decretado en abstracto el pago de la indemnización correspondiente, ignorándose, en consecuencia, por aquella época, cuál iba a ser el monto de esta. Luego, no contándose con suma determinada alguna, mal podía presumirse que iba a ser superior a $ 150.000.oo para interponer el recurso. Quedaban así las partes a la expectativa de la fijación que posteriormente pudiera llegar a concretarse, en orden a la defensa de sus respectivos intereses. Entonces, una vez precisada aquella, nació el derecho a interponer el recurso sobre cuya admisibilidad se viene tratando..."

No se trata, por tanto, de que la Corte estime que el recurso de casación procede contra autos puramente interlocutorios, como parece entenderlo el recurrente, sin advertir que en la providencia cuyos apartes se dejan transcritos, lo que sostuvo fue que la decisión por medio de la cual se determinan la naturaleza y la cuantía de los perjuicios, sin embargo de ser interlocutoria, debe entenderse incorporada a la

sentencia condenatoria en cuanto en ésta se hace la correspondiente condenación en abstracto, pasando, por ello, a formar parte de sus resoluciones como si la condena se hubiese concretado en ella y de modo que no se extinga el derecho de recurrir en casación, que la ley confiere a la parte civil, cuando la determinación se hace en el incidente de regulación, así ésta supere extraordinariamente la cuantía para hacerlo, frente a quien obtuvo la misma o inferior indemnización, en concreto, en la sentencia respectiva.

En el mismo fallo de 24 de marzo de 1980 sostuvo la Corte, entre otras razones, para considerar que la providencia reguladora de daños y perjuicios *hace parte* de la correspondiente sentencia condenatoria proferida dentro del proceso penal, los siguientes argumentos que ahora reitera:

"...Otra de las razones por las cuales se pone en claro que la providencia reguladora de daños y perjuicios hace parte de la sentencia dictada dentro del proceso penal, se encuentra en el nombre del Capítulo II del Código de Procedimiento Civil dentro del cual se encuentra el artículo 308, ya que allí se lee: *'Liquidación de la condena en abstracto'*, lo que significa que este último acto procesal en materia penal no puede referirse sino al fallo anteriormente dictado, porque en materia criminal las condenas se producen únicamente por esta vía, es decir, por sentencia y, no como ocurre en materia civil, campo en el cual puede haber y, efectivamente hay condenas por medio de autos. Lo que significa que se trata de un acto procesal complejo, integrado por las dos providencias: La de condena en abstracto y la de condena en concreto..."

"...El juez de primera instancia en la parte resolutiva al fijar la cuantía dice que es 'la correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con el delito de *falso testimonio*, por el cual se condenó la señora Isabel Bravo López de Rojas'..."

"...Y el Tribunal en los vistos de su providencia expresa: 'Se revisa por vía de apelación la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esta ciudad, en virtud de la cual se fijó en la suma de un millón catorce mil ciento veinte pesos ($ 1.014.120.oo) moneda corriente, la cuantía correspondiente a la indemnización por los perjuicios ocasionados por la señora Isabel Bravo López de Rojas al incurrir en la comisión del delito de *falso testimonio*, y en perjuicio de la persona del doctor Raúl Jaramillo Jaramillo, los cuales fueron oportunamente fijados por los peritos señores Hugo Aristizábal Ossa y Tulio Enrique Abadía, al mismo tiempo que señaló en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.oo), los perjuicios morales ocasionados con esa misma infracción y en favor del mismo ofendido, siguiendo las voces del artículo 95 del Código Penal (cuaderno Nº 2), para culminar en la parte resolutiva en que modifica la anterior, para fijar en $ 6.022.742.50' la cuantía correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales causados con el delito de *falso testimonio*, por el cual fue condenada la señora Isabel Bravo López de Rojas..."

"...Y, la misma Corporación, al conceder el recurso de casación, expone: 'Durante el término de notificación del fallo del Tribunal, el señor apoderado de la señora Bravo López de Rojas, recurrió en casación contra el mismo'..."

"...'Se observa entonces que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la concesión del recurso extraordinario de casación en materia penal, y especialmente el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 3º de la Ley 22 de 1977, por lo cual se concederá el recurso interpuesto para ante la honorable Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), a donde se remitirán los autos originales, previa citación de las partes, como lo dispone el artículo 575 de la obra citada'..."

"...Finalmente pueden señalarse como factores comunes al recurso de casación, el que, se trate de una sentencia condenatoria y el que esta provenga de Tribunal..."

"...El aspecto de la pena: Que sea o exceda de cinco años de privación de la libertad (C. de P. P., art. 559), es independiente de la cuantía de la responsabilidad civil del daño, proveniente del delito, o lo que el artículo 572 del mismo estatuto, en armonía con el 3º de la Ley 22 de 1977 denomina en forma lata 'indemnización de perjuicios'. Ello quiere decir que en sentencias de Tribunal, por delitos, es posible recurrir en casación cuando la cuantía de aquella sea o exceda de $ 150.000.oo, aunque el delito tenga una pena privativa de la libertad inferior a cinco años..."

Resultan, pues, carentes de todo fundamento, las razones que aduce el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para impugnar el auto de la Sala de 7 de septiembre del año pasado, por medio del cual revocó el del Tribunal Superior de Bogotá que había negado a la parte civil el recurso extraordinario de casación en relación con el monto de los perjuicios causados con la infracción.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no repone* el auto recurrido.

Notifíquese.

Alfonso Reyes Echandía, Hernando Baquero Borda, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Fabio Restrepo Arteaga, Pedro Elías Serrano Abadía, Salvamento de voto; *Darío Velásquez Gaviria, Eduardo Umaña Luna,* Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Estoy en perfecto acuerdo con la mayoría de la Sala en cuanto considera que el Ministerio Público puede y debe intervenir en la tramitación del recurso de casación en este caso, pero disiento en cuanto reitera los argumentos expuestos en providencia de marzo 24 de 1986 —Acta Nº 30—, en la cual no intervine por hallarme impedido en el proceso correspondiente.

Con relación al incidente de regulación de perjuicios promovido por la parte civil con fundamento en una sentencia de condena, considero que si ella, en ejercicio pleno de sus derechos, no logró demostrar la naturaleza de los perjuicios y el monto de su indemnización a lo largo del proceso, tendrá que limitarse su actividad a demostrar su cuantía dentro del incidente de regulación, posterior a la sentencia, una vez ejecutoriada. Si no se llena este último requisito, no habrá nacido para la parte civil el derecho de promover su regulación.

No puede estar en iguales condiciones aquél que ha hecho todos los esfuerzos para probar su derecho en concreto y quien en forma tardía concurrió al proceso o mediante intervención deficiente no logró establecer su cuantía. El primero obtendrá la declaración del juez en forma determinada o concreta que le representa su título ejecutivo, mientras el segundo debe someterse al posterior incidente de regulación de perjuicios que la ley consagra como última oportunidad para obtener el resarcimiento efectivo del daño.

Tiene razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando advierte que el recurso de casación debe interponerse dentro de los 15 días siguientes al de la última notificación de la sentencia. Sólo en este momento procesal podrán las partes promover legítimamente el recurso de casación y no con posterioridad a la finalización del incidente de regulación de perjuicios.

Tampoco podrán las partes recurrir en casación, en un mismo proceso, en dos oportunidades, como en el presente caso se pretende. Primero por lo anotado anteriormente y segundo porque aquellos que no lo hubiesen hecho en la oportunidad legal, verían renacer sus esperanzas de obtener la modificación de una decisión que les fuese desfavorable, violándose ostensiblemente el principio de igualdad entre las partes y el de la seguridad jurídica que informa el proceso penal.

El incidente de regulación de perjuicios al tenor del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, numeral 5º, se define mediante auto interlocutorio, que si bien es cierto, como lo sostuvo esta Sala en proceso similar, se integra con la sentencia definitiva para constituir el título ejecutivo y con fundamento en él obtener el pago de los perjuicios, en modo alguno dicha integración debe producir efectos

retroactivos para predicar que contra dicha decisión interlocutoria (regulación de perjuicios) pueda interponerse el recurso extraordinario de casación.

Si para los fines del recurso de casación que contempla el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal no debe tenerse en cuenta sino el interés para recurrir, esto es, que sobrepase el monto allí determinado, con prescindencia de los demás requisitos (pena máxima imponible, juez natural que la produce y *oportunidad para hacerlo*), se llegaría al absurdo jurídico de que toda sentencia que se integrara con el *auto* de regulación de perjuicios, una vez se determine su cuantía y ella sobrepase los límites contemplados en la norma en cita, tendría expedita la vía del recurso de casación lo cual no es posible. Ninguna sentencia dictada por un juez de circuito, en segunda instancia, tiene recurso de casación en materia penal, no obstante que el interés para recurrir sea igual o superior del que contempla la ley. Esto, porque todos los demás requisitos deben ser tenidos en cuenta para predicar la procedencia del recurso extraordinario.

De aceptar que todo auto de regulación de perjuicios al integrarse a la sentencia para constituir título ejecutivo, puede además ser objeto del recurso extraordinario, la Corte se vería avocada a tramitar y decidir, por vía de casación, incidentes de regulación de perjuicios en procesos que ni por la pena ni por la jerarquía del juez que la impuso, lo tienen.

Resulta, en cambio, lógico y jurídico predicar que el incidente de regulación de perjuicios la ley lo tiene asignado a los jueces de instancia ante quienes las partes pueden ejercer sus derechos y utilizar los recursos que la ley les otorga. Es improcedente pretender que, en este caso de regulación de perjuicios, la Corte conozca por vía de casación, de un auto cuya clasificación no aparece como sentencia y es, por consiguiente, extraño el recurso.

De adoptarse el criterio contrario, llegaría la Corte a convertirse en Tribunal de tercera instancia, lo cual no ha consagrado la ley. Al contrario, en reiteradas decisiones de la Sala, se ha rechazado el recurso de casación frente a sobreseimientos definitivos o a providencias que ordenan la cesación de procedimiento, no obstante que esas determinaciones tienen fuerza de sentencia, porque de aceptarlo se haría tercera instancia.

Pedro Elías Serrano Abadía, Magistrado.

1º INVALIDEZ DE UN ACTO

Sólo procede cuando la ley exija expresamente que se llenen ciertas formalidades y éstas no se han cumplido

2º CONEXIDAD

Artículo 167. Excepciones

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Restrepo Arteaga.*

Aprobado: Acta número 65 de julio 21 de 1983.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por *Armando Ruiz Pacheco* contra la sentencia de ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual confirmó la del Juzgado 22 Superior de la misma ciudad, que condenó al impugnante y a *Félix Antonio Villamarín Paipilla* a la pena principal de quince (15) años y seis (6) meses de prisión a cada uno y a las accesorias de rigor, como autores de los punibles de homicidio y violación.

Hechos:

En la noche del dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta (1980), la joven Vilma Alvarez Amaya fue conducida por su novio Armando Ruiz Pacheco y el individuo Félix Antonio Villamarín Paipilla, a un potrero cercano al parque El Tunal de esta capital, donde la mencionada mujer fue violada y estrangulada por sus acompañantes.

La actuación procesal:

Por auto de 26 de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), el Juzgado 22 Superior de Bogotá, residenció en juicio criminal a Ruiz Pacheco y Villamarín Paipilla, como coautores de homicidio agravado en concurso material con violación carnal. Apelado dicho auto por el defensor de Ruiz Pacheco, fue confirmado por el Tribunal Superior.

El dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento y los jurados respondieron por unanimidad, con sendos "sí es responsable", a los cuatro cuestionarios sometidos a su consideración.

Denegada la nulidad planteada por el defensor del recurrente y acogidos los veredictos emitidos por el Tribunal Popular, el tres (3) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981) el juzgado del conocimiento profirió sentencia condenatoria contra los encausados. La providencia fue apelada por Villamarín Paipilla y su defensor, y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

La demanda:

Contra la sentencia de segundo grado Armando Ruiz Pacheco interpuso el recurso de casación y su apoderado presentó la respectiva demanda, que fue declarada ajustada a la ley. El actor formula tres cargos contra el fallo: El primero como principal y los restantes como subsidiarios. En su orden los presenta así:

Causal tercera:

Por haberse dictado sentencia sobre un veredicto contradictorio, y lo sustenta así:

"En la audiencia pública y a través de todo el proceso se estableció una dualidad contradictoria entre Armando Ruiz Pacheco y Félix Antonio Villamarín Paipilla.

"Contradicción real, elocuente, probada, puesto que no aparece sino el dicho de Armando Ruiz Pacheco sindicando o acusando al otro, y la versión de éste, esto es, Félix Antonio Villamarín Paipilla, negando.

"....

"Así las cosas y tal como aparece el debate en la audiencia pública, el jurado podía absolver a los dos procesados, pero no podía condenarlos a ambos, por cuanto su veredicto sería contradictorio: Si condenan a Félix Antonio Villamarín Paipilla, se acepta la afirmación y el dicho de su único acusador, de la única prueba, la afirmación de Armando Ruiz Pacheco.

"Si acepta el jurado como cierta la afirmación de Armando Ruiz Pacheco para condenar a Félix Antonio Villamarín Paipilla..., no podía condenar a Armando Ruiz Pacheco, porque éste se convierte en el único testigo de los hechos y su versión por eso debe aceptarse en toda su extensión y totalidad".

Causal cuarta:

Primer cargo.

Por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Aduce sobre el punto que "el acta de audiencia pública es inexistente

o nula por cuanto no aparece dentro del cuerpo de la misma la designación del Despacho del juzgado donde se llevó a cabo esa audiencia".

Segundo cargo.

Lo refiere a una presunta nulidad supralegal y lo hace consistir en la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, porque se rompió la unidad procesal al no haberse investigado y fallado un delito de hurto cometido en conexidad con el homicidio y la violación.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal descorrió el traslado de rigor, con la petición de que la sentencia no sea casada. Formula esta solicitud luego de detenido estudio del libelo impugnatorio. A los argumentos del mismo se hará mérito al decidir sobre el recurso.

Consideraciones de la Corte:

El estudio y decisión de los motivos de censura se hará en orden lógico, en la forma en que los analiza la Procuraduría Delegada.

Causal cuarta:

Primer cargo.

Falta del nombre del juzgado en el acta de la diligencia de audiencia pública, lo cual la hace inexistente y vicia la actuación procesal de nulidad.

El artículo 214 del Código de Procedimiento Penal sanciona con invalidez el acto cuya realización no haya estado revestida de ciertas formalidades que la ley señala. Actos carentes de valor son, por ejemplo, la inspección judicial no decretada por auto que exprese los requisitos que menciona el artículo 224 del ordenamiento procesal; el testimonio que no se recaude en la forma prevenida por el artículo 247 de la misma codificación; y el dictamen de los peritos emitido con omisión de cualquiera de las formalidades previstas en el artículo 270 ibídem. *En los citados preceptos se dice que "la inspección judicial no tendrá valor alguno", "la declaración... no tendrá valor alguno" y "se considera inexistente la peritación", respectivamente. Lo anterior está predicando que la sanción de invalidez sólo procede "cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto, que se llenen ciertas formalidades", como lo señala con meridiana claridad el prementado artículo 214.*

El artículo 155 del Código de Procedimiento Penal prescribe que "toda actuación... debe empezar con el nombre de la entidad o juzgado que la práctica, e indicar el lugar, día, mes y año en que se verifique, si se trata de diligencia; o en que sea firmada por el funcionario o juez y su secretario, si se trata de auto o sentencia..."; como esta

disposición no exige, bajo sanción de invalidez o inexistencia, la anotación del nombre del despacho u oficina en el acta de la diligencia que se practica, dedúcese sin el menor esfuerzo interpretativo que la mera informalidad acotada no tiene el alcance que el censor pretende.

En la precaria formulación del cargo, el actor cita el artículo 162 del estatuto procedimental como la norma que niega existencia jurídica al acta de la audiencia pública en la cual no se anotó el nombre del juzgado. Ello constituye error mayúsculo, puesto que ese precepto se refiere a la indicación de la fecha y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia, y el documento que se cuestiona —visible a folios 361 y siguientes— dice que la audiencia se realizó a los dieciséis (16) días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) "en el salón correspondiente... del edificio de Paloquemao". No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Nulidad de naturaleza constitucional por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, a causa de la ruptura de la unidad procesal.

Los autos ponen de presente que la víctima de la violación y el homicidio lo fue también de hurto, al ser despojada de un reloj de pulso. Sobre este último punible no hubo decisión alguna.

Como lo señala el Ministerio Público, "de prosperar la tesis aducida por el demandante habría que invalidar el proceso para una nueva calificación del mérito del sumario, en la que el recurrente resultaría comprometido por el delito de hurto en razón de que las pruebas recogidas en la etapa investigativa lo comprometen a él y al cosindicado Villamarín como únicos coautores de los delitos imputados, planteamiento que como es obvio redundaría en su propio perjuicio. Faltaría entonces, interés jurídico para reclamar la invalidez de la sentencia impugnada". Criterio que la Corte comparte y la induce a negarle validez a la acusación.

Conviene, no obstante, reiterar la negativa de esta Corporación al reconocimiento del quebrantamiento de la unidad procesal de los delitos conexos como causal de nulidad. *La previsión contenida en el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, y según la cual los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, tiene fundamental importancia en la tramitación de los juicios, como que con ella se logra economía procesal, se obvian decisiones contradictorias, se obtiene la acumulación jurídica y no simplemente aritmética de las penas y se da pronta y simultánea decisión sobre todos los hechos investigados. Sin embargo, por diversas razones no siempre es posible investigar y fallar simultáneamente dos o más delitos conexos, motivo por el cual el postulado contenido en el artículo 167* ibídem *conserva su vigor.*

En casos como el presente lo indicado es compulsar copias para que el delito no juzgado se investigue y falle por separado. Así debe proveer el juzgado del conocimiento en este punto.

Causal tercera:

Aduce el actor que la sentencia fue proferida sobre un veredicto contradictorio.

Cuatro cuestionarios se sometieron a consideración del Tribunal Popular, que indagaban sobre la responsabilidad de Félix Antonio Villamarín Paipilla y Armando Ruiz Pacheco, en los delitos de homicidio y violación. De un mismo tenor fueron las respuestas de la múltiple veredicción: "Sí es responsable". Los condenados fueron juzgados como coautores de los mencionados injustos y la responsabilidad de los agentes fue materia de amplio debate en la audiencia. Las consideraciones siguientes sobre la formulación del cargo, contenidas en la respuesta del Ministerio Público, las comparte esta Corporación en su integridad:

"La contradicción del veredicto se fundamenta en el desconocimiento, por parte del jurado de conciencia, de las pruebas del proceso, razonamiento que es propio de la contraevidencia o injusticia y totalmente ajeno a los motivos de casación taxativamente señalados en la ley.

"Lamentablemente el censor confunde éstos conceptos que resultan antagónicos, pues la contradicción del veredicto se predica de los términos en que está concebida la respuesta del jurado al paso que la contraevidencia es el desconocimiento de la verdad procesal.

"La contradicción del veredicto supone la existencia de proposiciones inconciliables y excluyentes que contrarían el principio de contradicción a tal extremo que la respuesta así concebida es inexistente por la imposibilidad de conciliar los términos con que aparece redactada.

"Un veredicto como el emitido en esta causa, por estar concebido en una única proposición afirmativa rechaza toda posibilidad de contradicción máxime que de los términos con que fueron elaborados los cuestionarios sometidos a consideración del jurado y de las respuestas dadas por éste respecto a los dos acusados tampoco se advierte contradicción.

"Si el demandante se muestra inconforme con la veredicción del jurado por considerarla injusta o contraria a la evidencia de los hechos debió así plantearlo ante los jueces de instancia en el momento procesal oportuno, no pudiendo hacerlo a través de este extraordinario medio de impugnación, por cuanto la contraevidencia del veredicto no está prevista como causal de casación". Tampoco prospera la acusación.

De lo expuesto se concluye que el recurso debe desecharse.

Aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal:

Proveniente del juzgado *a quo* obra un oficio, en el cual se informa que Félix Antonio Villamarín Paipilla fue muerto cuando intentaba fugarse del centro de reclusión donde estaba interno. También a los autos se trajo copia del folio correspondiente del Registro Civil de Defunción de la Notaría Segunda de Palmira (Valle), donde consta

fehacientemente el deceso de Villamarín Paipilla, cuyas características personales coinciden con las del ciudadano condenado en este proceso y no recurrente.

El señor Procurador Delegado es de opinión que debe darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en virtud del mencionado fenómeno, en lo cual está de acuerdo la Sala. Así proveerá.

Fallo:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el Ministerio Público, *desecha* el recurso extraordinario de casación a que se hace referencia en esta providencia. Se *declara*, igualmente, la extinción de la pena impuesta a Félix Antonio Villamarín Paipilla por razón de su muerte.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Restrepo Arteaga Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

VEREDICTO INEXISTENTE

La falta de nitidez y precisión en la respuesta del juri esconde su verdadera voluntad, la hace inescrutable y así lo confuso se torna inexistente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Restrepo Arteaga.*

Aprobado: Acta número 65 de julio 21 de 1983.

Vistos:

Por sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, el Tribunal Superior de Buga confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, mediante la cual condenó a *José de Jesús Gil Cardona* como responsable de la muerte de Hugo Triana, fallo contra el cual interpuso el recurso extraordinario de casación el Fiscal Segundo de dicha Corporación. Sobre el asunto sometido a su consideración procede la Corte a decidir.

Hechos:

El juzgador de primera instancia se refirió a ellos así en el auto de proceder:

"Tuvo su génesis esta investigación en la denuncia que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ginebra formulara, el doce de enero del año que transcurre, el señor José Ignacio Triana Gil en su condición de padre de Hugo Triana Ocampo, quien falleció en el hospital 'San Vicente de Paul' de Palmira, a consecuencia de una herida que le propició José de Jesús Gil Cardona.

"Así se conoce dentro de este proceso que el señor Antonio Erazo es propietario de un establecimiento que tiene como objetivo comercial el expendio de bebidas espirituosas a los viandantes que llegan hasta la denominada 'Zona de tolerancia' del casco urbano de Ginebra.

"Hasta el 'Bar México' concurrieron entonces los sujetos del delito para dedicarse a las libaciones de cerveza en compañía de otros amigos y de las mujeres Martha Escobar y Carmen Alicia Ortiz Gómez: Sitio donde permanecieron hasta las primeras horas de la mañana del once

de enero, cuando debieron retirarse del lugar en virtud de haberse llegado la hora hasta la cual pueden funcionar tales negocios.

"Durante el lapso que permanecieron en el local, se suscitó una discusión entre las mujeres y José de Jesús Gil Cardona, habida consideración a que éste atrevidamente se apoderó de la alimentación que para ellas tenían reservada. Ante los justos reclamos que le hacían las dos meretrices el sujeto activo del delito respondió con reiterados improperios y pasó a las vías de hecho para acabar de consumir la comida que a ellas les correspondía. Fue necesario que Hugo Triana Ocampo interviniera para tratar de contener los ánimos; intervención que hizo a favor del intruso.

"Del mismo modo refiere Guido Luis Triana Delgado a folio 4 vuelto que el comportamiento de Gil Cardona era bastante extraño e impetuoso, pues cuando llegó a la cantina vació la cerveza que estaban escanciando sus contertulios; motivo por el cual no sólo le llamó la atención al inconsecuente sino que le solicitó a sus compañeros que se retiraran a otro lugar para evitar mayores problemas.

"El retiro se operó en un grupo integrado por Guido Triana Delgado, Estelio Escobar Domínguez, Ricardo Gil Plaza y Hugo Triana Ocampo quienes fueron los primeros en abandonar el 'Bar México'; seguidos muy de cerca por José de Jesús Gil Cardona. Como los primeros mencionados se fueron retirando hacia sitios diferentes, quedaron solos los sujetos del delito que cogieron rumbo común.

"Ya cerca de la casa de Francisco Mota Navarro el procesado Gil Cardona le asestó una violenta puñalada a Triana Ocampo que posteriormente le produjo su deceso en el hospital 'San Vicente de Paul' de Palmira, centro de salud a donde fue trasladado, las circunstancias dentro de las cuales tal hecho se produjo serán motivo de análisis posterior, pero deja el juzgado establecido de una vez que no medió razón alguna para que un acto de tal envergadura tuviera su expresión ontológica entre dos amigos que estaban departiendo desde mucho rato atrás.

"Tan aleve como execrable comportamiento motivó la captura y posterior vinculación procesal de José de Jesús Gil Cardona, hijo de José de Jesús y de Elvia, nacido en Apia (Risaralda), vecino de Ginebra, de 24 años de edad, agricultor, estudió hasta segundo año de primaria".

Actuación procesal:

Iniciada la investigación y debidamente perfeccionada, por auto de veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981), José de Jesús Gil Cardona fue residenciado en juicio criminal por el punible de homicidio consumado en la persona de Hugo Triana. En el juzgado del conocimiento ese proveído cobró ejecutoria.

Rituado debidamente el juicio, al jurado le fue propuesto el siguiente cuestionario:

"El procesado José de Jesús Gil Cardona, hijo de Elvia y José de Jesús, natural de Apía (Risaralda), vecino de Ginebra (Valle), de 24

años de edad, agricultor de profesión, con estudios hasta 2º año de primaria, con cédula de ciudadanía número 16.435.098 expedida en Costa Rica —Ginebra—, es responsable sí o no, de haber dado muerte mediante herida producida con arma corto-punzante (cuchillo) a Hugo Triana Ocampo, según hechos ocurridos en (sic) el perímetro urbano de la ciudad de Ginebra (Valle), el 11 de enero de 1981?".

El Tribunal Popular contestó: "Sí, pero sin intención dolosa de su parte".

El Juzgado Primero Superior de Buga declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, al considerar que en la conducta del incriminado no concurría la hipótesis de culpa. Consultada esta determinación el Tribunal la revocó y ordenó el envío de los autos al juzgado de origen, "a fin de que desarrolle el veredicto emitido por el juri", calificando previamente el hecho como homicidio preterintencional.

Conforme a los dictados del superior, el *a quo* profirió sentencia, condenando a Gil Cardona a treinta y dos (32) meses de prisión y a las penas accesorias de rigor, la cual fue confirmada en consulta, con modificación en cuanto a la pena impuesta, que se elevó a cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

En tiempo, el señor Fiscal Segundo del Tribunal de Buga recurrió en casación contra la referenciada sentencia. Por auto de mayo tres (3) del año en curso, esta Sala declaró ajustada a derecho la demanda y ordenó el trámite subsiguiente.

La demanda:

La acusación del fallo la propone el señor Fiscal Segundo del Tribunal de Buga, con fundamento en el numeral tercero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, haberse dictado sobre un veredicto contradictorio.

Para sustentar el cargo el recurrente aduce que las proposiciones de la respuesta del jurado "se contradicen entre sí al reconocer la responsabilidad del procesado y al mismo tiempo formular la inexistencia de dolo en la conducta, por lo cual la veredicción aludida carece de validez, es decir es inexistente". Se extiende la demanda en consideraciones ajenas a la causal alegada, como que resultan más propias para postular la existencia de un vicio de contraevidencia, con protuberante impropiedad y pérdida de objetividad en el cumplimiento de su cometido. No obstante, el defecto anotado no es óbice para que la Corte dé completa respuesta a la aspiración del actor.

El Ministerio Público:

A fin de dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 571 del ordenamiento procedimental, de la demanda se corrió traslado al Ministerio Público quien, por intermedio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifiesta:

"Estima este Despacho, que conforme a los términos del veredicto, el jurado, acogiendo una de las alternativas propuestas por el señor defensor, negó el dolo en la respuesta ya referida, en términos generales, sin que de su mismo texto se infiera que afirmó la intención de causar lesiones solamente, produciéndose no obstante la muerte de la víctima; en tal forma, dado que la respuesta referida, atendidos sus términos, afirma por una parte la responsabilidad del procesado y por otro la niega, sin poderse deducir que afirmó la culpa no propuesta por ninguno de los intervinientes en la audiencia y que no tendría fundamento alguno en el proceso toda vez que el acusado admite haber herido con puñal al occiso pero sin admitir dolo, resulta contradictorio, sin que por lo mismo en tal respuesta pueda fundarse la sentencia".

Consideraciones de la Corte:

1º "*...lo contradictorio —ha sostenido esta Corporación— es lo que se niega así mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio, es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar, porque si se acepta uno el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado" (G. J., T. LXIV, pág. 162, 1947). La imposibilidad lógica y jurídica de conciliar dos proposiciones opuestas conduce inevitablemente a su eliminación en el plano ontológico y sobre la nada no se puede edificar; por eso se afirma que un veredicto contradictorio es inexistente. Pero si uno de los factores en pugna se hace prevalecer con la consecuencial destrucción del otro, se da vida a una grosera deformación que engendra el error o la mentira; por este aspecto, entonces, un vicio se suma a otro y la nada cede su puesto a la falacia. De ahí que la previsión del legislador contenida en el ordinal 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal no requiera abundante fundamentación.*

Inquirido el *juri* sobre la responsabilidad de José de Jesús Gil Cardona en la muerte de Hugo Triana, respondió: "Sí, pero sin intención dolosa de su parte". O sea, que afirmó la responsabilidad pero eliminó de ella el dolo. Teniendo en cuenta que el elemento subjetivo del delito puede revestir las formas de dolo, culpa y preterintención, según nuestra dogmática penal, resulta desacertado motejar de contradictorio lo que no lo es, porque ninguna de las proposiciones de la oración enerva o anula a la otra. Por el aspecto puramente literal puede decirse que el jurado simplemente negó el dolo, aceptando la culpa o la preterintención (o aún el caso fortuito, si se entendiera que la primera afirmación versa sobre la simple imputación material del hecho). Pero, surge la pregunta obvia: Puede un veredicto como el que se analiza servir de fundamento a una sentencia?

2º *Un veredicto puede ser claro o ambiguo desde el punto de vista gramatical. Ha dicho la Corte al respecto: "Es claro aquel que no exige mayores esfuerzos para entender qué fue lo que en realidad quiso expresar el jurado que lo emitió. Su redacción no se presta a dudas ni a cavilaciones: De ella brota, sin sombras ningunas, su diáfano*

sentido. En cambio el veredicto es ambiguo cuando, siguiendo la definición académica de este vocablo, 'puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente motivos a dudas, incertidumbres, o confusión'. Es decir, cuando en el ánimo de quien lo conoce, siembra o hace nacer la perplejidad de su alcance" (G. J., T. CXLVI, pág. 510, 1973).

Frente a la respuesta "sí (es responsable), pero sin intención dolosa de su parte", se pueden ensayar varios criterios de interpretación, todos azarosos y llenos de riesgos. El a quo *entendió que el* juri *reconoció la responsabilidad culposa; el* ad quem *optó por la preterintención. Cada uno de ellos lo hizo con fundamento en constancias procesales. Frente a veredicción de tal juez, no le es dado al juzgador escoger, así esté asistido de motivos plausibles, dejando de lado alternativas igualmente válidas, porque la certeza de las decisiones judiciales no puede ser fruto de la duda ni del azar. Un veredicto confuso no sirve para dar basamento a una sentencia, pero si así sucede es necesario aplicar el correctivo.*

3º *La falta de nitidez y precisión en la respuesta del* juri *esconde su verdadera voluntad, la hace inescrutable y así lo confuso se torna inexistente.*

La inexistencia del veredicto no está erigida en causal de casación, como sí lo está la contradicción. Decir que un veredicto contradictorio es inexistente, es afirmación sustancialmente correcta, pero identificar ambos conceptos es erróneo, porque la relación entre ellos es de especie a género. Cuando la respuesta del jurado es inexistente por la perplejidad y confusión que suscita en la mente del fallador, resulta imposible proferir sentencia sobre la misma, y si ello ocurre se violan los preceptos que resguardan el debido proceso, por lo cual se incurre en nulidad de rango constitucional. El camino a transitar es el de declarar la existencia de ese vicio y retrotraer la actuación para que el proceso transcurra por cauces normales de juridicidad. Optar por asimilar veredicto inexistente a veredicto contradictorio para dar vado a la causal tercera de casación, mistifica el sentido de ese remedio y crea una causal distinta que la ley no autoriza. La declaratoria de nulidad —predica el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal— debe hacerse en cualquier estado del proceso en que se advierta. O sea, que tanto los jueces de instancia, como la Corte en sede de casación, están en la obligación de remediar los yerros en que se incurra en la secuela del proceso. Y no puede argüirse válidamente que esta última Corporación extralimita sus atribuciones al decidir más allá de lo pedido, porque el respeto al Código Constitucional está por encima de cualquier ordenamiento puramente legal.

Como consecuencia de lo anterior se quebrará la sentencia impugnada, por cuanto se evidencia una nulidad constitucional, que vicia la actuación a partir del auto de convocatoria del jurado.

Fallo:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y

por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga materia de este recurso, *anula* la actuación surtida a partir del auto de convocatoria del jurado, inclusive, para que se proceda a la convocatoria de uno nuevo que resuelva la situación del procesado José de Jesús Gil Cardona.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Restrepo Arteaga, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CONFESION

¿Qué se entiende por confesión?

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 67.

Vistos:

Mediante sentencia del 25 de octubre de 1982 el Tribunal Superior de Medellín condenó a *María del Socorro Osorio* y *Guillermo Valencia Giraldo* a la pena de veintiséis meses de prisión como responsables de delitos de falsedad documental. El segundo de ellos interpuso recurso de casación contra dicho fallo.

Hechos:

Al revisarse la documentación presentada por la señorita María del Socorro Osorio en la Sección de Escalafón y Promoción de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, se observó que tanto los certificados de estudios aportados por ella como su registro civil eran falsos porque aquellos correspondían a persona distinta y en éste figuraban como padres de la Osorio personas que realmente no lo eran. Tales alteraciones de la verdad se imputaron a Guillermo Valencia y a María del Socorro Osorio.

Actuación procesal:

La investigación correspondiente se inició en el Juzgado 34 de Instrucción Criminal el 27 de marzo de 1982; el Juzgado 13 Superior de Medellín calificó su mérito con llamamiento a juicio de ambos procesados por delitos de falsedad documental, determinación confirmada por el Tribunal. Culminada la fase del plenario, el juzgado emitió sentencia condenatoria contra la Osorio y absolutoria respecto de Valencia; al consultarse dicho fallo, el Tribunal confirmó la decisión en cuanto a María del Socorro y la revocó en relación con Valencia a quien también condenó; esa es la determinación ahora recurrida ante la Corte.

La demanda de casación:

El actor acusa la sentencia con fundamento en la causal primera "por violación indirecta de la ley sustancial concretada en la aplicación indebida de los artículos 231 (numerales 1º y 6º), 233 y 32 del Código Penal de 1936 infracción derivada de una errónea valoración jurídica de las pruebas con fundamento en las cuales el Tribunal dedujo la responsabilidad de mi poderdante". Las pruebas erróneamente valoradas, según el demandante, son la confesión de María del Socorro Osorio en cuanto en ella atribuye a Valencia Giraldo la alteración material de los documentos falsos, y los testimonios de su hermana Martha Cecilia y de su padre Libardo de Jesús, en los que se hace igual imputación.

Respecto de la confesión de la Osorio dice el recurrente que tanto el juzgado de primera instancia como la fiscalía ante el Tribunal desecharon su credibilidad en punto a la sindicación que hace de Valencia como autor de falsedad material por borrado de los certificados de calificaciones y del registro de nacimiento, a tiempo que el Tribunal le dio pleno crédito, contrariando así la realidad procesal que muestra con peritación grafológica que tales documentos no fueron físicamente alterados, y que uno de ellos fue escrito en máquina distinta de la de Valencia.

Y en cuanto a los testimonios de Martha Cecilia y de Libardo de Jesús, señala el actor que el Tribunal los consideró dignos de crédito a pesar de que provienen de parientes de la procesada y estuvieron implicados en las falsedades porque la una solicitó los certificados de calificaciones que se pretendían suplantar y el otro pagó un mil quinientos pesos a Valencia como precio por la falsificación de los documentos.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que el recurso debe desecharse por fallas técnicas de la demanda, que puntualiza de la siguiente manera:

"Primera. Como insistentemente lo ha proclamado la jurisprudencia, el recurso de casación no es una tercera instancia sino que está sometido a una técnica especial reglamentada tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el Código de Procedimiento Civil.

"En la demanda en estudio aparece un capítulo denominado 'demostración del cargo' en el cual el actor consigna algunas de las bases de la sentencia condenatoria, los criterios expuestos por los representantes del Ministerio Público en las dos instancias y la acusación de error de derecho en la apreciación de la prueba, aunque al folio 18 del libelo insinúa la violación directa de la ley sustancial.

"Segunda. Valencia Giraldo fue condenado por dos delitos de falsedad en documentos públicos en concurso contemplado uno en el artículo 231, numeral 6º del Código Penal de 1936, alteración de los certificados de estudio expedidos a nombre de Blanca Margarita Muñoz Botero, y el otro previsto en el artículo 231, numeral 1º del mismo

estatuto, obtener la expedición del certificado de registro civil de nacimiento de María del Socorro Osorio figurando como padres de ella Luis Enrique y Aura María, cuando sus verdaderos progenitores son Libardo de Jesús y Rogelia. Esto obligaba al demandante en casación a formular cargos separados por tratarse de infracciones penales autónomas y con elementos constitutivos diferentes.

"Al contrario de lo expuesto, la impugnación es conjunta sin tener en cuenta la diversa naturaleza jurídica de los dos ilícitos atribuidos a Guillermo de Jesús Valencia y por los cuales se le condenó a 26 meses de prisión.

"Tercera. La acusación se inicia en el folio 19 de la demanda y en los numerales 4.1 y 4.2 se sostiene que el juzgador de segundo grado incurrió en error de derecho en la estimación de la confesión de María del Socorro Osorio, al otorgarle el valor de plena prueba a las afirmaciones que hizo en contra de Guillermo de Jesús Valencia.

"Tal planteamiento, como es sabido, es absolutamente equivocado, porque es preciso distinguir entre los hechos que el acusado acepta como propios —confesión, artículos 264 y 399 del Código de Procedimiento Penal— y los que atribuye a otra persona —testimonios, artículos 236 y 385 del Código de Procedimiento Penal—.

"Los cargos que María del Socorro Osorio formuló a Guillermo de Jesús Valencia en sus indagatorias y en careos constituyen testimonio cuya estimación está prevista en el artículo 236 del estatuto acabado de citar. No es por tanto susceptible de error de derecho porque el legislador ha deferido en el juez su estimación conforme a las normas de la crítica del testimonio, a las condiciones personales y sociales del testigo y a las del objeto a que se refiere la declaración, a las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración.

"Es más: El actor asegura que las manifestaciones de María del Socorro están en desacuerdo con lo que aparece en el resto del proceso, en concreto, que el registro civil de nacimiento no presenta borrones o enmendaduras y que el nombre de María del Socorro Osorio que muestran los certificados de estudio no fue escrito en la máquina utilizada por Valencia en su oficina.

"En opinión de este Despacho, se trata de un ejemplo típico de error de hecho manifiesto en los autos, comprobable de manera objetiva y no mediante razonamientos jurídicos. Equivocó por tanto el demandante su acusación porque no se trata, en principio, de error de derecho.

"Cuarta. En la misma equivocación incurrió el apoderado de Valencia Giraldo al impugnar los testimonios rendidos por Libardo de Jesús Osorio Alvarez, padre de María del Socorro, y de Martha Cecilia Osorio, hermana de la misma.

"Quinta. El demandante en casación sólo controvirtió los elementos de convicción mencionados en los dos numerales inmediatamente anteriores y guardó silencio respecto de los demás en que se apoyó el fallo condenatorio de segunda instancia, y a los que se refiere el libelo en sus primeras páginas, así:

"Los dictámenes grafológicos (fls. 333 y ss.); la inspección judicial que obra a folios 68 y siguientes del informativo; los certificados de estudio originales de folios 335 y 336; el certificado original del registro civil de nacimiento de María del Socorro Osorio que aparece al folio 337; los careos entre los dos acusados (fls. 93 vto. y ss.); la indagatoria rendida por Valencia Giraldo (fls. 83 vto. y ss.); las muestras que se tomaron en máquina de escribir de la Alcaldía del Municipio de la Unión, de la Inspección de Policía de Mesopotamia y del Liceo Juan María Valencia de esta localidad (fls. 174, 192, 213, y 339 y ss.).

"En verdad todos estos elementos probatorios fueron analizados en la sentencia del Tribunal Superior de Medellín como se puede comprobar a folios 553, 555, 556, 557, a 560, 561, 562, 563 y 564.

"Sexta. Finalmente, se echa de menos el concepto de la violación, esto es, la demostración evidente de la aplicación indebida, como lo dice el recurrente, de los artículos 231, numerales 1º y 6º, 233 y 32 del Código Penal, ya que el demandante apenas mencionó esas disposiciones de carácter sustantivo en la penúltima página de su escrito".

Considerandos:

1. Entiéndese por confesión la manifestación de voluntad que hace el procesado de ser el autor o cómplice de un hecho punible; puede ser simple o calificada, según que proclame sin limitación alguna su propia responsabilidad, o que aceptando su autoría o complicidad en delito o contravención, agregue situaciones o circunstancias que, reconocidas judicialmente, implique exoneración de responsabilidad o modificación del cuantum *punitivo imponible.*

Para que la confesión constituya prueba de responsabilidad penal se requiere en nuestro derecho positivo (art. 264 del C. de P. P.): a) Que sea hecha por el procesado, es decir, por persona vinculada a una investigación penal; b) Que se produzca mediante libre declaración de voluntad, o lo que es igual, sin coacción o engaño y por propia iniciativa; c) Que se haya realizado ante el juez del conocimiento o ante el funcionario de instrucción y sus respectivos secretarios; d) Que por vías distintas esté plenamente demostrada la materialidad del hecho punible, y e) Que no exista en el proceso otra prueba con entidad suficiente para invalidar la confesión.

2. Cuando en el curso de diligencia indagatoria el procesado confiesa su autoría o complicidad en el hecho punible investigado pero imputa a otra persona el mismo u otro delito o contravención, el funcionario que esté practicando la diligencia deberá tomarle juramento sobre este punto al indagado e interrogarlo como si se tratase de un testigo; así lo dispone acertadamente el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal, pues en ese aspecto la confesión deja de serlo para trasformarse en testimonio, si bien aquella tradicionalmente ha sido considerada como una especie de este. No obstante, esta delimitación es importante en cuanto una y otro son instrumentos probatorios autónomos y porque en el ámbito de la técnica propia del recurso extraordinario de casación han de manejarse independientemente.

3. Contra este rigor lógico-jurídico atenta la demanda del recurrente, como bien lo advierte el Ministerio Público, pues atribuye a la sentencia del Tribunal error de derecho en la valoración de la confesión de María del Socorro Osorio en la medida en que esta atribuyó al procesado Valencia la alteración material de unos documentos, sin percatarse de que en este aspecto la manifestación de la Osorio dejó de ser confesión para convertirse en testimonio, cuestión que tangencialmente reconoce más adelante en su demanda con cita de dos providencias de esta Sala. Esta confusión lo lleva a plantear error de derecho del juzgador al apreciar una confesión cuando realmente está atribuyéndoselo a una prueba testimonial que ordinariamente no admite esta clase de error porque no está sometida a tarifa legal, sino a la razonada apreciación del juzgador, derivada esta del análisis crítico de la deposición, de las condiciones personales del testigo en el momento en que los hechos ocurrieron y en aquel en que declara, de las características del objeto percibido, de las circunstancias temporoespaciales que rodearon la percepción y de cualesquiera otros factores que hayan podido ejercer influencia en todo el complejo proceso de la captación del estímulo, fijación en el campo de la conciencia, reevocación y trasmisión verbal de la experiencia, aspectos todos estos de fisonomía fenomenológica y no jurídica.

4. Esta misma falla en el enfoque de la cuestión lleva al recurrente, además a considerar como error de derecho lo que sería más bien supuesta equivocación fáctica del Tribunal: La de tener, según lo estima el actor, como demostración de la responsabilidad de su cliente la imputación de la Osorio que resultaría desvirtuada por una prueba técnica, a peritación, en la medida en que de ella se deduciría que no hubo alteración material alguna en los documentos tachados de falsos. Pero resulta que en este punto no solamente hay un desenfoque técnico del demandante, sino una, esta sí, errada apreciación suya de la citada prueba pericial, pues lo que ella dice es que el registro del estado civil de la Osorio no muestra "síndrome de borrado ni reescrito"; y que por lo tanto "sus textos son originales", pero en relación con los certificados de calificaciones, acepte que el nombre de María del Socorro Osorio Osorio fue reescrito, es decir, superpuesto a otro —como por lo demás se aprecia fácil y macroscópicamente— y agrega "que la tipiadora con que confeccionaron el reescrito...es de origen ignoto" (fl. 333). Resulta así, que la imputación que la Osorio hace a Valencia de haber borrado el nombre original de Blanca Margarita Muñoz de los certificados de calificaciones para colocar el suyo no fue desvirtuado por la peritación grafológica, como equivocadamente lo predica el recurrente.

5. Obsérvese, finalmente, que la sentencia del Tribunal que dedujo responsabilidad penal a Valencia Giraldo no está fundada solamente en las declaraciones de la procesada, su hermana y su padre, sino en datos indiciales como se desprende de la lectura de los folios 563 y 564 del expediente, pruebas estas que no fueron atacadas en la demanda de casación.

Bastan las anteriores consideraciones para concluir que deben desecharse los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal de Medellín.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE REVISION

Sus causales son taxativas y requieren demostración fehaciente e irrefutable

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 69.

Vistos:

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el condenado *Francisco Noel Peña Romero* contra las sentencias proferidas por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito Judicial de esta misma ciudad de 23 de junio y 16 de septiembre de 1980, respectivamente, por infracción al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

En la demanda correspondiente el sentenciado expresa que en el proceso que contra él se adelantó por infracción al referido estatuto se incurrió en nulidad de orden constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio y, particularmente, por violación del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, que impone al instructor allegar al proceso tanto la prueba que agrava la posible responsabilidad del procesado como la que lo exime de ella o atenúa la punibilidad.

Con fundamento en ello, solicita a la Sala disponer la revisión de la causa, pues, de otra parte, se le condenó sin que obrara la prueba plena o completa que, para ese efecto, exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El recurso de revisión tiene como finalidad el remover una sentencia condenatoria en firme, que se estime injusta por haberse cimentado en un error de hecho *acerca de la forma como en la realidad ocurrieron los acontecimientos que la motivaron.*

Por cuanto se pone en tela de juicio la seguridad y la garantía de la cosa juzgada, el recurso es exigente en sumo grado tanto en su forma de ser propuesto como en el cumplimiento de los requisitos que supone para su prosperidad.

De allí que sus causales sean taxativas y requieran demostración fehaciente e irrefutable.

Observado el libelo presentado por el proponente, inclusive sin asesoría de abogado titulado, claramente se advierte que el motivo por él expuesto para atacar la legalidad de la sentencia impugnada, y que se hace consistir en una supuesta nulidad por inobservancia de las formas propias del juicio y violación del derecho de defensa, no está erigido como causal de revisión por el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

Las circunstancias aducidas por el recurrente: Falta de apreciación de determinadas pruebas y, por lo mismo, carencia de los presupuestos para condenar, pudieron haber sido alegados en las instancias, y, a lo sumo, en casación, mas no en revisión, por no ser de la naturaleza de este medio de impugnación.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelva *desestimar* el recurso de revisión propuesto por el sentenciado Francisco Noel Peña Romero, en razón de las consideraciones hechas en la parte expositiva de este auto.

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECUSACION

Los actos ejecutados por los jueces o magistrados dentro del proceso penal en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, en el futuro, motivo de impedimento para conocer del mismo asunto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 69.

Vistos:

De plano, procede la Sala a resolver sobre la recusación propuesta contra la Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá y los integrantes de la Sala que profirieron el auto de 29 de septiembre de 1971.

Actuación procesal:

Por auto de 29 de septiembre de 1981, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala de Decisión integrada por los Magistrados doctores Beatriz Castaño de López como ponente, Gregorio Rodríguez Vásquez y Ricardo Romero Riveros, como integrantes de Sala, reformaron la providencia de 5 de mayo del año inmediatamente anterior por medio de la cual se calificó el mérito del sumario en este proceso.

Por auto de 5 de mayo de 1982 el juzgado de primera instancia (30 Penal del Circuito) declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que concedió la apelación del auto de proceder dictado por ese despacho, nulidad que comprendió la providencia del Tribunal Superior de fecha 29 de septiembre de 1981.

Remitidas nuevamente las diligencias al Superior, el 23 de mayo último el doctor Iván Arturo Rubio apoderado de María del Carmen Ravelo de Sánchez, recusó a los integrantes de la Sala de decisión por "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" (artículo 78, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal).

Por auto de 1º de junio del corriente año, la Magistrada doctora Beatriz Castaño de López, rechazó la recusación propuesta por cuanto los motivos aducidos por el memorialista no encuadran en la norma antes citada. Ordenó igualmente pasar las diligencias a sus compañe-

ros de Sala para que se pronunciaran sobre el mismo punto, lo cual no se cumplió por haber sido remitidas las diligencias a la Corte una vez en firme el auto que rechazó la recusación por parte de la Magistrada sustanciadora.

Consideraciones de la Sala:

Los actos ejecutados por los jueces o magistrados dentro del proceso penal en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, en el futuro, motivo de impedimento para conocer del mismo asunto. Esto es así, por cuanto el legislador atribuyó a un mismo juez el conocimiento del proceso desde su iniciación hasta la propia ejecución de la sentencia. Aceptar los planteamientos del recusante, sería como pretender que un juez no pudiese dictar sentencia cuando él mismo produjo el auto de proceder, pronunciándose sobre el fondo del asunto.

Reiteradamente esta Sala a dicho que con relación a la opinión que un funcionario emita sobre un asunto, debe ser concreta y relativa al hecho investigado o sobre la posible responsabilidad del implicado. Tal manifestación para que sea motivo de impedimento, tiene que haber sido producida fuera del proceso y, además, tener por sí misma fuerza vinculante.

Al respecto la Corte ha dicho:

"...se entiende que existe opinión fuera del proceso cuando el funcionario expresa su criterio sobre una situación jurídica determinada que en ese momento es ajena a su conocimiento o que estándolo no lo ha consignado todavía (el criterio) en el expediente respectivo; y, finalmente, se entiende que la opinión es vinculante cuando el criterio así expresado tiene incidencia decisiva sobre la solución que deba darse al asunto..." (Auto de 7 de julio de 1981).

En consecuencia, la recusación propuesta contra la doctora Beatriz Castaño de López es improcedente por lo que deberá seguir al conocimiento de este proceso.

Cabe advertir, además, que el memorialista recusa a los integrantes de la Sala sin determinar sus nombres. Como de la revisión del proceso se desprende que dicha Sala fue integrada por los Magistrados Gregorio Rodríguez Vásquez y Ricardo Romero Riveros, antes de la conformación del actual Tribunal, y, que hoy no hacen parte de la Sala presidida por la Magistrada recusada, por economía procesal y por sustracción de materia, la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento alguno con relación a ellos.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declare infundada* la recusación propuesta contra la Magistrada del Tribunal Superior de

Bogotá doctora Beatriz Castaño de López y *ordene* que siga al conocimiento de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DELITO DE FUGA

En qué consiste

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 70.

Vistos:

Debe la Sala desatar el conflicto negativo de competencias que se ha suscitado entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá y Quinto Penal del Circuito de Palmira.

Hechos:

Informa el guardián Luis Carlos García Sosa que traía desde la ciudad de Palmira al detenido *Luis Mario Ossa Salazar* con la finalidad de entregarlo en la Penitenciaría el Barne de Tunja; que el bus en que venían se detuvo un momento cerca de la población cundinamarquesa de Silvania, circunstancia que aquél aprovechó para huir aunque estaba esposado, y que la espesa neblina y la hora (cinco de la mañana del 15 de diciembre de 1980) impidieron su recaptura.

Resultandos y considerandos:

1. Después de no pocos repartos y traslados, el expediente llegó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá, despacho este que mediante auto del 11 de abril pasado dispuso enviarlo por competencia a los juzgados de Palmira, con el argumento de que el delito de fuga que se imputa a Ossa Salazar se cometió en la sede territorial de aquella ciudad porque allí reside el juez bajo cuyas órdenes se encontraba aquel sujeto cuando se evadió; en ese mismo auto provoca colisión negativa de competencias.

2. Por su parte el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Palmira a quien se le repartió el expediente, rechazó la competencia que se le propuso por considerar que el delito en cuestión se había cometido en jurisdicción territorial de Silvania, donde la fuga había ocurrido, y que por consiguiente de la investigación respectiva debía ocuparse el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá; decidió entonces,

enviar "el original de la actuación al Tribunal Disciplinario y de Conflictos para que dirima la colisión".

3. Aquella entidad, desde luego, se declaró incompetente para decidir sobre el conflicto planteado y ordenó enviar el expediente a esta Corporación.

Considerandos:

1. Debe advertirse, ante todo, que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Palmira ha incurrido en dos fallas protuberantes, a saber: La de remitir el expediente original, con lo que incumplió la obligación legal de no suspender la investigación cuando el proceso se halla en la fase sumarial al tramitarse una colisión de competencias (art. 71 del C. de P. P.), y la de enviar la actuación al Tribunal Disciplinario para que dirimiera el conflicto en vez de hacerlo a esta Corporación, como estaba obligado a saberlo.

2. En cuanto a la colisión planteada, es evidentísimo que *el delito de fuga se consuma en el lugar donde el detenido se evade de la vigilancia humana o mecánica que lo mantiene legalmente privado de su libertad, y no en aquel donde reside el funcionario judicial que conoce del delito por el cual se encuentra encarcelado, aunque de ordinario exista coincidencia territorial entre estos dos hechos cuando el sujeto se evade del establecimiento penitenciario donde se hallaba a órdenes de un juzgado penal ubicado en ese mismo lugar. El significado obvio del verbo rector* fugarse *no deja duda alguna sobre esta interpretación.*

3. Resulta así que en el presente caso, la competencia para conocer de este proceso radica en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá, pues en el territorio de su jurisdicción se consumó el acto de la fuga de sujeto Ossa Salazar; así se dispondrá.

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

Dirimir el conflicto planteado en el sentido de señalar al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá como el competente para seguir conociendo de este proceso; envíesele el expediente y comuníquese esta determinación al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Palmira.

Notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PREVARICATO

Configuración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 70.

Vistos:

Mediante providencia del 26 de marzo del presente año el Tribunal Superior de Bogotá condenó a *Miguel Segundo Corrales Medrano* —Exjuez Décimo de Instrucción Criminal de Bogotá— a la pena principal de dos años de prisión como responsable de prevaricato. La sentencia fue apelada; sobre tal recurso decidirá la Sala.

Hechos:

Al definir la situación jurídica de tres sindicados en un proceso que por tráfico de estupefacientes adelantaba en su despacho, Miguel Segundo Corrales Medrano en su condición de Juez Décimo de Instrucción Criminal, dictó auto de detención contra uno de ellos y dispuso la libertad provisional de los otros dos; esta segunda determinación ha sido considerada como manifiestamente ilegal.

Resultandos:

1. Como se afirma que el funcionario había recibido dinero para dejar en libertad a los sindicados Gilberto Loayza Giraldo y Jesús Olmedo Maya Posada, la investigación se orientó hacia la comprobación de delitos de cohecho y prevaricato; sin embargo, habiéndose demostrado la entrega de dinero, esta imputación fue desechada al calificarse el mérito del sumario, que se concretó en llamamiento a juicio por prevaricato.

2. Tanto en el auto de proceder como en la sentencia que ahora se revisa, afírmase que el procesado cometió delito de prevaricato porque en providencia del 25 de octubre de 1978 dispuso la libertad provisional de los sindicados Loayza Giraldo y Maya Posada, existiendo prueba suficiente para decretar su detención preventiva.

3. El procesado asevera, en cambio, que actuó de esa manera porque consideró que respecto de aquellas personas no se daban los

requisitos necesarios para proferir en su contra auto de detención, medida que tomó en relación con el otro sindicado.

4. El defensor del procesado, al sustentar el recurso ante esta Sala solicita la revocación de la sentencia con fundamento en que no habiéndose comprobado que el juez hubiese recibido dinero para dictar el auto cuestionado, cae por su base la motivación de una providencia prevaricadora; en que no se evidencia por parte alguna la dolosidad con que actuó el procesado y en que todo se reduce a una mera discrepancia de criterios en el análisis de la prueba entre el exfuncionario instructor acusado y el Tribunal. En subsidio solicita que la Corte declare que el hecho imputado no configura prevaricato sino abuso de autoridad "por no existir el dolo necesario" para la configuración del prevaricato, y finalmente, que se le conceda por lo menos el beneficio de la libertad condicional que le negara el Tribunal pues se dan los supuestos legales que permiten un tal reconocimiento.

5. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide la confirmación de la sentencia, pues se muestra conforme con los razonamientos del *a quo*, aunque solicita reducir la pena de dos años al mínimo de uno por ausencia de circunstancias agravantes y conceder la libertad condicional.

Considerandos:

1. *Adecuación típica: Desde el punto de vista objetivo el prevaricato consiste en dictar providencia (auto, sentencia, dictamen o resolución en general) ostensiblemente contraria a la ley, es decir manifiestamente opuesta a la solución jurídica que impone el derecho vigente para el caso concreto y que el funcionario está en la obligación de aplicar.*

En el presente caso, el procesado disponía de los siguientes elementos de juicio en el momento en que decidió sobre la situación jurídica de los sindicados Loayza y Maya, conforme a síntesis correctamente hecha por el Tribunal: "a) Informe del Jefe de la Unidad de Estupefacientes dando cuenta que el 11 de octubre de 1978, Gilberto Loayza Giraldo, Carlos Vásquez Ortiz y Jesús Olmedo Maya Posada fueron capturados cuando se interceptó su marcha y en los dos automotores en que viajaban se encontró cocaína, oculta entre la cojinería, informe que culmina con la indicación de que 'se envía fotocopia auténtica de la ficha sobre antecedentes que tiene en este grupo el señor Gilberto Loayza Giraldo'; b) Comunicación que el Oficial Investigador José Leonardo Gallego Castrillón dirige al Jefe de la Unidad de Estupefacientes, en la cual da cuenta que el golpe que permitió la captura de los tres sujetos se produjo, 'en cumplimiento a la orden de trabajo número 041, cuando ejercía un estrecho control sobre el señor Gilberto Loayza Giraldo'; c) Relación de los cheques que le fueron decomisados a Loayza Giraldo, girados a su favor, por las sumas de $ 60.000.oo, $ 20.000.oo, $ 525.000.oo, $ 80.000.oo, $ 100.000.oo, $ 30.000.oo, $ 46.346.oo, $ 110.000.oo, y $ 150.000.oo, e igualmente de una consignación hecha por el mismo sujeto en cuantía de dos millones de pesos; d) Exposición rendida ante la policía por Gilberto Loayza Giraldo en la cual reconoce que los dos vehículos en los cuales iba

oculta la cocaína estaban en su poder, el Volkswagen porque es de su propiedad y el Renault cuatro porque lo recibió en calidad de prenda por préstamo hecho a un tercero; e) Recibo de decomiso del revólver que portaba Loayza al momento de su captura; f) Resultado en cuanto a la prueba de campo practicada a la sustancia decomisada que indicaba que se trataba de cocaína; g) Copia del registro de antecedentes que en la Dipec existía respecto de Loayza Giraldo, en el cual se indica que fue sorprendido con trece y medio kilos de cocaína y una libra de marihuana, hecho del cual conoció el Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia, registro que contiene esta leyenda en la parte destinada al *'modus operandi'*: 'Se dedica al tráfico de estupefacientes en las zonas fronterizas de Colombia'; h) Indagatoria de Gilberto Loayza Giraldo en la cual de nuevo acepta ante el instructor que los dos vehículos tantas veces mencionados estaban en su poder por las razones ya conocidas, aunque manifiesta que desconocía que entre la cojinería de los mismos se hubiese camuflado cocaína y tampoco sabe quién llevó a cabo tal hecho; i) Declaración del agente del F-2 Luis Carlos Morales Bañol, quien dijo ante el juez de instrucción: 'El día 10 de octubre se recibió junto con mi compañero Balanta Lubín la orden verbal de trasladarnos a las inmediaciones del barrio Ciudad Modelia donde reside el señor Gilberto Loayza Giraldo con el fin de observar sus movimientos presumiblemente relacionados con el tráfico de drogas' acción que, según el deponente les permitió al día siguiente dar el golpe de las consecuencias ya conocidas cuando Loayza Giraldo salió de su casa en uno de los automotores acompañado de un sujeto, mientras que el tercero conducía el segundo vehículo; j) Declaración del agente Lubín Balanta, en la que hace una narración sobre las circunstancias que antecedieron a la captura de Loaiza Giraldo, muy similar a la de su compañero de labores".

Para dictar auto de detención conforme al artículo 439 del Código de Procedimiento Penal es suficiente que exista contra el procesado "una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad" o "un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga" pues bien, en este caso existían dos testimonios de miembros de la policía judicial que luego de seguimiento previo, interceptaron los vehículos en que viajaban Vásquez, Loayza y Maya y encontraron en ellos 3.800 gramos de cocaína; aprehensión de estos sujetos en situación de flagrancia conforme a lo previsto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal; antecedentes policiales de Loayza como traficante de estupefacientes; posesión de cheques por fuertes cantidades de dinero sin explicación satisfactoria de su procedencia y destino. Agréguese a ello que estas mismas pruebas en lo sustancial sirvieron para llamar a juicio a los procesados y, finalmente, para proferir en su contra sentencia de condena. No se trata entonces de una providencia en la que el juez estampó con objetividad su personal criterio sobre unos hechos, sino de un auto que riñe groseramente con la realidad procesal y con la normatividad jurídica que le imponía determinación contraria a la tomada. Así lo había reconocido ya el Tribunal cuando en Sala Disciplinaria le impuso por este hecho suspensión por un mes en el ejercicio de su cargo.

2. *Antijuridicidad: Con la creación del tipo legal de prevaricato ha querido el legislador tutelar penalmente el bien jurídico de la*

administración pública; conductas como la realizada por el exfuncionario acusado vulneran gravemente ese interés que el Estado tiene en que las determinaciones oficiales de sus representantes se ajusten a la legalidad vigente y sean en verdad mecanismos instrumentales para resolver con equidad el conflicto que se les plantea. Al emitir la decisión controvertida el procesado, contrariamente a su deber jurídico de actuar secundum ius, *conculcó sin derecho alguno aquel interés estatal cuya salvaguarda le estaba confiada en razón del cargo que ostentaba.*

3. *Culpabilidad: Puede afirmarse que la culpabilidad es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche porque el sujeto actuó antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar las formas del dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando de la primera de ellas se trata, el agente mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio siquismo, realiza un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo.*

En tratándose de comportamiento subsumible en el tipo de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad del dictamen o de la resolución proferidos, conciencia de que con tal proveído vulnera sin derecho el interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución oficial del conflicto que debe desatar y voluntad de emitir el proveído ilícito, pudiendo y debiendo hacer un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

Si se examina la conducta del procesado a la luz de tales exigencias se hallará, con fundamento en los elementos de juicio que ofrece el expediente, que como funcionario instructor conoció en el momento de resolver la situación jurídica de los sindicados Loayza, Maya y Vásquez hechos procesales con valor probatorio sobradamente superior al indispensable para proferir contra ellos auto de detención de conformidad con normas legales (arts. 301 y 439 del C. de P. P.) suficientemente conocidas por él dada su condición de profesional del derecho y juez con experiencia en la investigación penal; que sobre tales supuestos se percató de la ostensible oposición entre la providencia que dictó y la que debía y podía proferir; que se dio clara cuenta de que estaba emitiendo auto manifiestamente ilegal porque con los datos probatorios de que disponía no podía menos que ordenar la detención provisional de los sindicados, y que esa reprochable determinación fue manifestación de su propia y libre voluntad. *No es verdad, como lo afirma la defensa, que indemostrada la motivación pecuniaria del citado auto desaparece la dolosidad del prevaricato, y no lo es porque este tipo no exige que la manifiesta ilegalidad de la resolución o del dictamen sean fruto de contraprestación económica; la torcida motivación que impulsa al actor a emitir providencia prevaricadora puede ser de cualquier naturaleza y no es indispensable que se ponga procesalmente en evidencia.* Tampoco cabe hablar de una simple discrepancia entre funcionarios de distinta jerarquía —juez y tribunal— en el análisis de la prueba, pues lo que muestra esta investigación sin

equívoco alguno es un manejo torticero de hechos que pregonaban muy estrecha vinculación de los sindicados al tráfico de estupefacientes, de manera tan protuberante que —como ya se indicó— esos mismos elementos de juicio fueron los que sustancialmente sirvieron para dictar auto de proceder contra ellos, y más tarde sin adiciones de peso, para fulminarles sentencia de condena. Por manera que la dolosidad con que actuó el procesado emerge con nitidez del expediente, y con ella su plena responsabilidad.

4. *Punibilidad:* Tanto en el Código Penal vigente cuando el hecho ocurrió como en el que hoy rige, esta modalidad del prevaricato tiene prevista pena de uno a cinco años de prisión. El Tribunal optó en la sentencia que se revisa por incrementar aquel mínimo en otro tanto en razón de "la gravedad y modalidades del hecho"; el Ministerio Público ante esta Corporación solicita, en cambio, la imposición de la pena más baja porque "el procesado no registra antecedentes penales". Cree la Sala que si bien no se evidenciaron en el presente caso concretas circunstancias de agravación punitiva, necesario es admitir que la naturaleza particularmente grave del hecho que investigaba el procesado y sobre el cual emitió el auto prevaricador, su condición de juez con larga experiencia como funcionario público (fl. 276) y la magnitud de las pruebas que obraban contra los sindicados al dictar aquel proveído, aconsejan mantener la dosimetría punitiva fijada por el Tribunal en la sentencia.

5. En cuanto al otorgamiento de libertad condicional reclamado por la defensa, negado por el Tribunal y sugerido por el señor Procurador Delegado, la Sala se inclina por mantener la determinación tomada en la primera instancia en razón de las siguientes consideraciones: a) La calidad de juez de la República con que actuó el procesado le da a su delito una gravedad mucho mayor que la que se derivaría de su comisión por otra clase de funcionarios, en razón de la suprema trascendencia de su investidura, como lo ha venido predicando esta Sala y lo recuerda el Tribunal (fl. 571); b) El delito que el procesado investigaba y sobre el cual emitió el auto generador de este proceso y motivo de su incriminación, es de aquellos que merecen un más hondo grado de reproche y en cuya erradicación y punición ha de ponerse mayor empeño oficial; c) Si bien es cierto que la mera declaración de reo ausente no muestra al procesado en situación criticable porque puede ser explicada con razones atendibles, en el presente caso el doctor Corrales Medrano ha evadido la acción de la justicia desde el auto de proceder sin que se conozcan motivos que justifiquen su determinación y en condiciones en las que hubo de enterarse ciertamente del llamado judicial a responder de las imputaciones que se le hacían, como que hasta su propia casa fueron las autoridades encargadas de hacer cumplir la decisión del juez (fls. 532/3). En tales condiciones, su personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible cometido no permiten concluir, como lo exige el numeral 2º del artículo 68 del Código Penal, que el condenado no requiera tratamiento penitenciario.

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

Confirmar la sentencia apelada con las modificaciones puntualizadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DEMANDA SUSTANCIALMENTE INEPTA

No es admisible que en ella se alegue a un mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley sustancial, porque, como repetidamente lo ha dicho la Corte, éste es un planteamiento antinómico que comporta un absurdo lógico insuperable

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 71.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado en tiempo contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 29 de marzo de 1982 que reformó la del Juzgado Segundo Superior de ese Distrito y mediante la cual condenó en definitiva a los hermanos *Reyes* y *Pablo Enrique Villamil Nieto* y a *Carlos Julio Nieto*, imponiéndoles, a cada uno, la pena principal de 15 años y 3 meses de prisión más las accesorias correspondientes como autores de homicidio en José Alberto Mosquera Gruesso.

Hechos:

Los reseñó el juzgado del conocimiento de la siguiente manera:

"...Consta que el día veintisiete de abril de mil novecientos ochenta, se efectuaba un bazar en el sitio denominado El Arenal de la comprensión municipal de Chita con el fin de recolectar fondos para las obras de la Escuela, a la cual concurrieron todos sus vecinos, entre ellos, los hermanos Pablo Enrique y Reyes Villamil, Carlos Julio Nieto, José Alberto Mosquera Gruesso y otros. El festival se inició desde las primeras horas del día y continuaba su curso normal dentro de un ambiente alegre y pacífico, hasta aproximadamente las diez y media de la noche, cuando los hermanos Villamil y Carlos Julio Nieto la emprendieron contra Mosquera Gruesso a quien le propinaron cerca de veinticinco heridas con cuchillo y machete de cuya consecuencia murió a causa de una hemorragia y schok hipovelénico. Cuando Mosquera Gruesso se vio lesionado, éste en un afán desesperado, empuñó

una pistola que llevaba consigo y la disparó por varias veces sin objetivo preciso, llegando a herir o lesionar a uno de sus atacantes.. "

Las demandas:

1. La presentada a nombre de Reyes Villamil Nieto.

Al amparo de la causal primera de casación (art. 580-1 del C. de P. P.) acusa la sentencia de segundo grado porque se violó la ley sustancial "...por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, toda vez que se dejaron sin justificación alguna, de practicar varias pruebas de vital importancia que hubieran favorecido a Reyes Villamil Nieto y, además, se hizo una apreciación errónea de algunas otras pruebas y se omitió la apreciación de otras, violando el juzgador la disposición del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que el instructor debe averiguar con igual celo tanto lo que favorece al procesado como lo que pueda perjudicar, es decir, le da como meta o finalidad de su labor, la obtención de la verdad material y, el juzgador pasó por alto este mandato legal, violando los principios que informan la prueba, tales como el de la oficialidad, el de la universalidad, el de inocencia, el de libertad de apreciación o de convicción y el de contradicción. En relación con el principio de libertad de apreciación o de convicción, se violó en el sentido de haberse sustituido la prueba en algunas ocasiones, por conjeturas..."

Para demostrar el cargo critica la apreciación de las siguientes pruebas:

a) La declaración del profesor Segundo Agustín Fuentes para poner de relieve que su dicho no puede desvirtuar la confesión de Reyes Villamil de haber obrado en legítima defensa porque no vio quien hirió al occiso;

b) Los testimonios de Flor María Hernández, William Enrique Izquierdo, Segundo Cuevas, José Ferrer, Luis Enrique Avila, Carlos Julio Nieto, Pedro Ramos, María Elena Pinilla, Cecilia Forero, Evaristo Suárez, Oscar Izquierdo y Mariet Chaparro quienes no se dieron cabal cuenta de los hechos, lo que igualmente hace que sus relatos no desvirtúen la confesión calificada del recurrente.

Para concluir su ataque sostiene que el instructor no se preocupó por averiguar qué hacía en la región Mosquera Gruesso, esto es, si había llegado a trabajar o simplemente a cumplir una venganza por cuenta propia o ajena. Y anota que igualmente se pasó por alto investigar las actuaciones de los sujetos que menciona Segundo Agustín Puentes "...quienes en forma sospechosa esperaban en un corredor de la escuela, sin saberse si esperaban a los Villamil, o eran compañeros de Mosquera, enviados desde Otanche para cuidar que éste cumpliera algún cometido contra los Villamil..."

En esta forma pretende plantear la duda sobre la responsabilidad del procesado y la imposibilidad de una condena al tenor del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, termina solicitando la invalidación del proceso.

2. La presentada a nombre de Pablo Enrique Villamil y Carlos Julio Nieto.

Resulta innecesario hacer su resumen, pues el cargo que formula es el mismo, como idénticos resultan sus fundamentos, intentos de demostración y peticiones finales.

El Ministerio Público:

Hace un estudio conjunto de las demandas por encontrarlas iguales entre sí.

Sostiene que se trata de demandas sustancialmente ineptas y que, además, contienen cargos carentes de fundamento real.

En este orden de ideas advierte que no cabe duda que el actor propone la violación directa de la ley sustancial y que no obstante aduce la falta de apreciación o la apreciación errónea de las pruebas, contrariando, por este modo, los principios lógicos del recurso. Y, observa que, si la intención del impugnante era la de cuestionar las pruebas demostrativas de la culpabilidad de los encartados, la vía le estaba vedada en juicios como el presente donde interviene el jurado de conciencia.

Termina el Procurador precisando que los antecedentes de víctimas y victimarios se encuentran incorporados al proceso y que fueron ampliamente debatidos; que ninguna finalidad práctica se lograría con averiguar la razón de hallarse presentes en el salón de la escuela los sujetos sospechosos a que se refiere el profesor Fuentes; y, que la presencia del occiso en el municipio para cumplir una venganza "...que no pasa de ser conjetura inaceptable..." fue discutida en la audiencia.

Se considera:

Desde el punto de vista formal las demandas (iguales todas) son inobjetables como oportunamente lo reconoció la Corte, pero no cabe duda que sustancialmente son ineptas.

En efecto:

No es admisible que en ellas se alegue a un mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley sustancial porque como repetidamente lo ha dicho la Corte este es un planteamiento antinómico que comporta un absurdo lógico insuperable. Cuando se ataca de frente la aplicación de la norma sustancial se deben aceptar los hechos tal y como el juez los estimó en su sustancia para no caer en la violación indirecta y confundir así la naturaleza de estas dos impugnaciones que, si bien confluyen a demostrar la violación de la ley sustancial, transitan caminos distintos y parten de premisas excluyentes entre sí.

Si se entiende que lo que quiso el demandante fue proponer la violación indirecta de la norma sustancial, el desatino sigue en pie, pues, sabido es que en los juicios en que interviene el jurado no es

posible cuestionar la prueba sin atacar de contraevidente el veredicto, situación que no es causal de casación y que la Corte no puede remediar en esta sede extraordinaria porque tendría que dictar sentencia desconociendo el fallo popular y, por ende, suplantar la voluntad del jurado con pretermisión de las formas propias del juicio.

Y, si de nulidad se trata, porque cita el ordinal 4 del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 que de tal tema se ocupaba y porque solicita la invalidación parcial del proceso, se ignora no sólo si prospecta una nulidad legal o una de carácter constitucional, sino también el motivo de la misma, esto es, la circunstancia que en su sentir la vendría a constituir. Esto significa que no hizo ningún planteamiento concreto al respecto y que anduvo el demandante confundido en la determinación y presentación de los cargos. Pero, si dentro del contexto de una posible acusación de nulidad se consideran sus observaciones sobre negligencia de la investigación para allegar los antecedentes de los protagonistas, la de no haber indagado la razón por la cual estaban en el lugar los sujetos sospechosos a que se refirió el profesor Fuentes, y la falta de averiguación de la conjetura que pone al occiso presente para cumplir una venganza, basta recordar las acertadas críticas que sobre estos tópicos hace el señor Procurador y que ponen en evidencia la inocuidad de estos reproches.

Por consiguiente, los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el 29 de marzo de 1982, 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.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PARTE RESOLUTIVA DE UNA DECISION

La parte resolutiva de una decisión no es otra que la necesaria consecuencia de la motivación; por lo tanto no resulta aconsejable escindir artificialmente las partes que conforman un todo, por cuanto éstas se integran y complementan mutuamente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 71.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Trece Penal del Circuito de esa ciudad contra el procesado *Alberto Valencia Otálvaro,* por el delito de hurto. Contra esta determinación interpuso el recurso de casación el señor Fiscal Quinto del citado Tribunal, el cual fue oportunamente concedido y luego declarado admisible por esta Corporación.

Presentada la demanda que se abstuvo de ampliar el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y cumplido el trámite propio del recurso, se procede a resolver.

Hechos:

Alberto Valencia Otálvaro fue denunciado por su propio hermano, quien afirmó que aquél residía en su casa de donde sustrajo diversos elementos como electrodomésticos, aparatos fotográficos, joyas, discos, etc., algunos de los cuales fueron recuperados en poder de personas que los habían recibido del sindicado. Estos hechos ocurrieron en Cali en el mes de noviembre de 1981.

Actuación procesal:

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de Cali dispusiera la apertura de la investigación, por medio de auto del 24 de noviembre de 1981.

El funcionario de instrucción recibió la indagatoria de Alberto Valencia Otálvaro el 27 de noviembre de 1981. Ese mismo juzgado le

dictó auto de detención precautelativa el 27 de noviembre del mismo año, por el delito de hurto.

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali dispuso el cierre de la investigación por medio de auto del 23 de febrero de 1982. Ese mismo juzgado calificó el mérito del sumario el 23 de marzo del mismo año, mediante auto de llamamiento a juicio en contra de Alberto Valencia Otálvaro, por el atentado contra el patrimonio de que trata el Capítulo I, Título XIV, Libro 2º del Código Penal.

Tramitada la causa se verificó la diligencia de audiencia pública el 21 de julio de 1982.

El juez del conocimiento dictó sentencia el 6 de agosto de 1982 y en ella condenó a Alberto Valencia Otálvaro a la pena principal de 14 meses de prisión y a las correspondientes accesorias, por el delito de hurto.

El Tribunal Superior de Cali en decisión del 30 de septiembre de 1982 negó una nulidad que le había impetrado su colaborador fiscal. Además confirmó la sentencia con la rebaja de la pena principal a un año de prisión.

La demanda de casación:

Acusa el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali la sentencia que puso fin a la instancia con fundamento en la causal cuarta de casación, pues estima que dicha sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad.

A juicio del censor la nulidad invocada se presentó por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, circunstancia prevista como nulidad de carácter legal por el ordinal quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, dicho error obedeció a que se ignoró el texto del artículo 483 de la misma codificación que exige que en la parte resolutiva del llamamiento a juicio se indicará el delito que corresponda, 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.

Este mandato legal se incumplió porque en la parte resolutiva del auto de proceder dictado por el Juzgado Trece Penal del Circuito contra Alberto Valencia Otálvaro se le llamó a juicio como responsable de "delitos contra el patrimonio económico" que es todo el título XIV del Libro Segundo del Código Penal, lo que implica un error en la denominación jurídica de la infracción. Al no haberse hecho el llamamiento a juicio por el delito de hurto, que era la denominación correcta de la infracción, se incurrió en la causal de nulidad anotada.

Consideraciones de la Corte:

Tal como lo anota el señor Fiscal recurrente, en el presente caso se llamó a responder en juicio criminal al sindicado por "delitos contra el patrimonio económico", lo que evidentemente supone desconoci-

miento del mandato contenido en el inciso final del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que en la parte resolutiva del enjuiciamiento se le dé al hecho la genérica denominación jurídica con que se le designa en el capítulo correspondiente.

No obstante, es necesario reconocer que en la parte resolutiva del auto de llamamiento a juicio se identificó del delito que daba lugar a la formulación del cargo, cuando se agregó que el enjuiciamiento se hacía por el delito contra el patrimonio económico "...que el Código Penal trata en el Capítulo Primero, Título XIV, Libro 2º. Con esta precisión que aun cuando no se acomoda de manera exacta a la técnica prescrita por la ley procesal para el pronunciamiento de un auto de vocación a juicio, quedó suficientemente aclarado el cargo, pues justamente el capítulo indicado trata del delito de hurto.

Además, en la parte considerativa del auto calificatorio se especificó en forma reiterada que se dictaba auto de proceder por un delito de hurto. Allí se dijo: "La anterior relación de las piezas que componen este proceso, nos demuestran sin lugar a dudas que se encuentra plenamente establecido el cuerpo del delito de hurto investigado..."; y se agregó: "Es claro dentro de este proceso que el implicado, se apoderó de objetos u artículos (sic) ajenos con el propósito claro de obtener para sí un provecho y que está catalogado en el Código Penal como un delito de hurto", a más de que también en la parte motiva se aclaró que el auto de proceder se dictaba por el ilícito contemplado en el Capítulo Primero, Título XIV, Libro 2º, del estatuto penal.

De la lectura integral del auto de proceder conclúyese que el llamamiento a juicio se hizo de manera inequívoca por el delito de hurto, no sólo porque en la parte resolutiva se identificó el capítulo que a esta infracción se refiere, sino porque en la fundamentación se mencionó tal ilícito de manera expresa.

La parte resolutiva de una decisión no es otra cosa que la necesaria consecuencia de la motivación; por lo tanto no resulta aconsejable escindir artificialmente las partes que conforman un todo, por cuanto estas se integran y complementan mutuamente. De modo que si en el presente caso se precisó en la resolución el capítulo que el hurto se refiere y en la parte considerativa se mencionó repetidamente el delito de hurto que se imputaba al procesado, no hay razón alguna para afirmar que la acusación pudiera resultar incompleta, ambigua o anfibológica.

El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, exige que el llamamiento a juicio se haga por un delito en concreto al cual se le dará su denominación genérica, con la finalidad de garantizar al procesado el elemental derecho de conocer la imputación, base necesaria para que pueda ejercer el derecho de defensa. En consecuencia, cuando el cargo es claro y no queda duda sobre la entidad delíctica que se le imputa al procesado, la calificación es correcta y los vicios que en este campo puedan encontrarse, apenas si constituyen informalidades intrascendentes que no generan nulidad.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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 dictada por el Tribunal Superior de Cali, dentro del proceso que por el delito de hurto se adelantó contra el procesado Alberto Valencia Otálvaro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INTERPRETACION DE LA LEY. PREVARICATO

Cuando el sentido de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de Prevaricato

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos:

El defensor del procesado ha interpuesto recurso de apelación contra el auto del 28 de abril pasado en virtud del cual el Tribunal Superior de Bucaramanga llamó a juicio al doctor *Segundo Guarín Pinto* en su calidad de Juez Primero Civil del Circuito de Málaga por delito de prevaricato .La Sala debe resolver lo pertinente.

Hechos:

Al conocer la sentencia que condenó a la sociedad "Gaseosas Posada Tobón S. A." a pagar la cantidad de diecisiete millones de pesos, su apoderado el doctor Gabriel Burgos Mantilla interpuso oportunamente recurso de apelación y canceló el valor de los portes de correo para el envío del expediente al Superior; el recurso fue concedido; sin embargo, el apoderado de la parte demandante pidió al juez que lo declarase desierto por no pago de dicho porte; el secretario no pasó ese memorial al juzgado y con una constancia de que el porte se había cancelado en tiempo envió el negocio al Tribunal, entidad esta que dispuso a petición de la parte demandante, regresarlo para que el juzgado se pronunciara sobre aquella solicitud, lo que en efecto hizo mediante auto del 27 de enero de 1982 en el que declaró desierto el recurso por no pago oportuno del porte respectivo. Esa providencia ha sido tachada de ilegal.

Resultandos:

1. La señora Carlina Pacheco de Mejía, empleada del Juzgado, manifiesta haber recibido de manos del señor Camilo García dependiente del abogado Burgos Mantilla, el 5 de octubre de 1981 la cantidad de seiscientos pesos valor del porte del expediente de Gaseosas Posada Tobón (fl. 61).

2. A folio 55 aparece fotocopia del siguiente recibo: "Recibí del señor Camilo García la suma de $ 600.oo para pagar el porte de ida y regreso al honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, del proceso ordinario de Rodolfo Maldonado contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Málaga, octubre 5 de 1981, recibí, Carlina Pacheco".

3. Víctor Otero, secretario del Juzgado, declara que al regresar de un permiso durante el mes de octubre de 1981 la empleada Carlina de Mejía le informó, entre otras cosas, que en el proceso de Gaseosas Posada Tobón el apoderado de la parte demandada había apelado y entregado el dinero para el pago de los portes; agrega que el 26 de octubre el abogado de la parte actora presentó un escrito en el que pedía se declarase desierto el recurso de apelación por no pago de portes y que él no lo pasó al despacho porque ya estaba ejecutoriado el auto que concedía el recurso y lo envió el Tribunal, con la respectiva constancia del oportuno pago de dichos portes.

4. En su parte pertinente dice así el auto en que el juez acusado declaró desierto el recurso de apelación ya concedido: "La actividad que en el presente caso debía desarrollar el apelante luego de ejecutoriada la providencia que concedió el recurso, era la de pagar el porte, lo cual no se acredita en razón de que se afirmara se consignó este desde el cinco de octubre de 1981, circunstancia por cierto dudosa, a más de que no se pagó dentro de la oportunidad procesal como aparece, es el caso de declarar desierto el recurso por el no pago oportuno del porte dentro del plazo señalado por el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil" (fl. 43).

5. En su declaración de indagatoria sostiene el juez Guarín Pinto que aunque conoció tanto la constancia dejada por su secretario como el recibo expedido por la empleada Carlina de Mejía, duda de aquella porque su Secretario no se encontraba por entonces en el Despacho, y que consideró que el recurso debía declararse desierto porque de acuerdo con el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil los portes deben pagarse dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que concede el recurso de apelación y no simultáneamente con la interposición del recurso, como ocurrió en este caso (fls. 68/70).

6. El Tribunal Superior de Bucaramanga fundamenta su providencia en que el juez sabía que el porte había sido cancelado antes de ejecutoriado el auto que concedió el recurso de apelación y en que el contenido del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil es lo suficientemente claro sobre la oportunidad que el apelante tiene para cancelar los portes de correo como para que fuese interpretado en el sentido abiertamente ilegal en que lo hizo el funcionario denunciado; agrega, luego de recordar que la ley procesal debe interpretarse en el sentido de hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley

sustancial, que "no se comprende fácilmente que el fallador tomara una decisión que afectaba no sólo la validez de las constancias dejadas por su inmediato colaborador, sino la buena fe con que había procedido el apelante, cuya suerte quedaba adversamente sellada en cierto modo, puesto que el proveído no era susceptible de alzada".

7. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que se confirme la providencia apelada, pues los fundamentos jurídicos en que se apoya encuentran suficiente respaldo probatorio en el expediente.

8. En escrito presentado extemporáneamente, el defensor del procesado solicita sobreseerlo definitivamente por ausencia de dolo, con fundamento en el numeral 3º del artículo 40 del Código Penal.

Considerandos:

1. *Cierto que es función del juez interpretar la ley y que si en el cumplimiento honesto de esa actividad consustancial a su cargo se equivoca o decide en detrimento de derecho ajeno, no incurre en prevaricato ni comete otro delito, especialmente cuando la complejidad del texto examinado o su confusa redacción admiten interpretaciones discordantes. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando, además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato.*

2. *Dice el inciso 2º del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil sobre remisión de expediente, oficios y despachos: "La parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar en la secretaría el de ida y regreso, de acuerdo con la tarifa postal,* a más tardar *dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que conceda el recurso o al de aquél en que se informe sobre la expedición de las copias. Si no se paga el porte en oportunidad el juez declarará desierto el recurso".*

3. El itinerario procesal de este asunto discurrió de la siguiente manera: El 23 de septiembre de 1981 el juzgado dictó sentencia condenatoria contra la sociedad Gaseosas Posada Tobón; el 5 de octubre siguiente el apoderado de la parte demandada apeló de tal providencia y entregó a la empleada Carlina de Mejía el dinero necesario para el pago de portes previo el pesaje del expediente; el 16 del mismo mes y año el juzgado concedió el recurso de apelación y dispuso el envío del proceso al Tribunal; el 5 de noviembre, esta entidad admitió el recurso en cuestión; al día siguiente el abogado del actor pidió reposición y solicitó devolver el expediente al juzgado para que se pronunciase sobre un escrito allí presentado en el que se pedía declarar desierto el recurso; el Tribunal repuso su auto y ordenó devolver el proceso para tal efecto, y el 27 de enero de 1982 el juzgado dictó el auto en que declaró desierto el recurso.

4. De tales datos se desprende inequívocamente que *la parte demandada no solamente interpuso en tiempo el recurso de apelación, sino que pagó los portes con antelación a la fecha en que el juzgado concedió el recurso y,* a fortiori, *antes de la ejecutoria de dicho auto, con lo que dio sobrado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil; tan evidente fue esto que el propio juzgado —que tuvo a la vista tanto la constancia de su secretario sobre pago de portes como el recibo del dinero respectivo expedido por la empleada de Mejía dictó el auto que concedía el recurso—.*

5. *Por lo demás, el sentido de aquella norma es tan claro y su redacción tan nítida que no se ve de qué manera honesta puede hacérsele decir que lo que allí se dispone es que dicho pago de porte se haga dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que concede el recurso como lo dijo el procesado en su auto, cuando la norma en cuestión señala que ha de pagarse* a más tardar *dentro de aquel lapso, lo que no excluye obviamente que se pague antes, como en efecto ocurrió en esta oportunidad.*

6. *Si el juez sabía que el porte se había pagado* antes *de vencido los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que concedió el recurso, si en razón de ese conocimiento dispuso el envío del expediente al Tribunal para que se surtiera el recurso, si como se ha visto el texto de la disposición legal no admite otra interpretación que la que se desprende de su propio tenor literal, si esa arbitraria determinación impidió que la sentencia pudiese ser revisada en segunda instancia, con el consiguiente perjuicio para la administración de justicia y para una de las partes, si el procesado muestra experiencia judicial de justicia y para una de las partes, si el procesado muestra experiencia judicial de diez años, síguese que la manifiesta ilicitud de aquel auto no fue fruto de error o de ignorancia, sino resultado de voluntaria y consciente determinación del procesado, a quien por eso le cabe imputación dolosa de prevaricato; y como esa fue la decisión tomada por el Tribunal en el auto de llamamiento a juicio, ha de impartírsele aprobación.*

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

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DEMANDA. ERRORES DE TECNICA

Es ostensible equivocación técnica que vicia irreparablemente la demanda, atacar la sentencia por violación directa de la ley, en su modalidad de aplicación indebida y demostrar el cargo con un estudio crítico de la prueba que sirvió al fallador para dictar sentencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 73.

Vistos:

El 29 de noviembre de 1982 el Tribunal Superior Militar condenó a *Fernando Sánchez Bueno* a la pena principal de 52 meses de prisión como responsable de peculado. Contra ese fallo su defensor recurrió en casación.

Hechos:

Como resultado de examen sobre los libros de contabilidad y de arqueos de cajas de la Sección de Escuadrilla de Servicios de la base aérea de Madrid, a cargo de Fernando Sánchez Bueno, se descubrieron faltantes por más de noventa y cinco mil pesos ($ 95.000.oo) en el mes de julio de 1980.

Actuación procesal:

Los hechos anteriores dieron lugar a investigación penal iniciada por el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar; culminada la indagación previa, el Comandante de Base del Comando Aéreo de Mantenimiento convocó por resolución del 29 de abril de 1982 a Consejo Verbal de Guerra al procesado Sánchez Bueno por delito de peculado; la audiencia pública culminó con respuesta de responsabilidad al cuestionario elaborado para los vocales; el juez de la causa acogió el veredicto y emitió sentencia condenatoria que, recurrida ante el Tribunal, recibió plena confirmación.

La demanda de casación:

El recurrente invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en cuanto la sentencia del Tribunal "ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida)"; y agrega que al invocar esta causal persigue que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de detención proferido por el Juzgado de Instrucción.

Para fundamentar este cargo, el recurrente señala que de los testimonios de Aydée Angulo Torres y de María Cristina Romero se desprende que el procesado era negligente y descuidado en el ejercicio de sus funciones y que, por consiguiente el delito de peculado cometido por él lo habría sido en su forma culposa y no dolosa como lo dedujo el Tribunal; como consecuencia de este análisis probatorio indica que se violó "la ley sustancial por aplicación indebida; pues la norma que debía aplicarse dadas las pruebas recaudadas era la contemplada por el artículo 234 del Código de Justicia Penal Militar". Agrega que el juzgador debió "advertir y decretar la nulidad por cuanto la conducta del agente activo del delito se encuentra enmarcada dentro del artículo 37 del Código Penal", norma que considera violada, lo mismo que la del artículo 61 del mismo estatuto por cuanto se le impuso a su patrocinado pena de 56 meses de prisión cuando ha debido sancionárselo con seis meses "de acuerdo con las probanzas existentes y las declaraciones de buena conducta".

Concepto de Procuraduría:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita desechar el recurso porque a su juicio las pruebas que aparecen en el proceso son suficientes para deducirle a Sánchez Bueno responsabilidad por peculado doloso y no meramente culposo, aún con fundamento en los testimonios citados por el recurrente.

Considerandos:

1. *Como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la causal primera de casación tal como aparece consignada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, presenta dos modalidades, a saber: Violación directa de la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea y violación indirecta por errores de hecho o de derecho en el ámbito de la prueba; cuando se alega la primera en cualquiera de sus modalidades, el recurrente ha de aceptar la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia y orientar su ataque al ámbito sustantivo de la norma incriminadora; cuando, en cambio, plantea la segunda, su esfuerzo se orientará a demostrar fallas fundamentales en el manejo del acervo probatorio que afectaron la correcta subsunción de la conducta del procesado en el tipo penal correspondiente.*

Es, por lo tanto, ostensible equivocación técnica que vicia irreparablemente la demanda, atacar la sentencia por violación directa de la ley en su modalidad de aplicación indebida y demostrar el cargo con

un estudio crítico de la prueba que sirvió al fallador para dictar sentencia.

2. *En ese pecado incurrió el casacionista al tachar la providencia del Tribunal de haber violado directamente el artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar por indebida aplicación y pretender la demostración del cargo mediante enjuiciamiento negativo de la prueba testimonial; pues lo que hizo fue anunciar violación directa de la ley sustancial y fundamentar la acusación como si se tratara de violación indirecta de la misma.*

3. *Además de estas incorrecciones incurre en otras, pues alega violación directa de la ley para que se decrete nulidad de lo actuado, ignorando que al prosperar aquella, la propia Corte debe dictar el fallo que corresponda (art. 583, numeral 1º, C. de P. P.); y agrega dentro del mismo cuerpo del cargo único ya indicado violación al parecer directa del artículo 61 del Código Penal con fundamento en supuestas pruebas no puntualizadas de las que se derivaría una pena menor de la impuesta al procesado.*

Los errores técnicos señalados en precedencia conducen inexorablemente a desestimar la demanda.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CAPTURA. IMPROCEDENCIA

Artículo 426 Código de Procedimiento Penal. Excepciones Del texto legal transcrito dedúcese que la captura no procede cuando el delito de que se trata tiene señalada pena de arresto. Sin embargo, esta regla tiene dos excepciones en el ordenamiento procesal vigente: a) Cuando citado el sindicado no comparece y b) En los casos de flagrancia y cuasiflagrancia

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 73 de agosto 23 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio dictó la providencia del 7 de octubre de 1982 en virtud de la cual abrió causa criminal contra el doctor *Raúl Alvarado Linares*, Exjuez 17 de Instrucción Criminal, por el delito de detención arbitraria. Contra esta decisión se interpusieron los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación; negado el primero y concedido el segundo, procede la Sala a resolver.

Hechos:

El doctor Raúl Alvarado Linares, Juez 17 de Instrucción Criminal, fue denunciado penalmente por Omar Cerón Barrera, por cuanto este funcionario, junto con su secretario y un número plural de agentes de la policía, practicó el 10 de octubre de 1978, una diligencia de inspección judicial en el predio que poseía y sin ninguna explicación lo capturó junto con su progenitora y otras personas que allí se encontraban. Los capturados fueron conducidos a Puerto López y encarcelados; se les recibió indagatoria el 16 de ese mes a algunos de ellos y el 17 a los restantes. El 17 de octubre se decretó la libertad de todos los aprehendidos.

Resultandos:

1º La calidad funcional del sindicado Alvarado Linares se halla debidamente acreditada con la copia del Acuerdo 34 del 10 de agosto

de 1977 mediante el cual se le nombró como Juez de Instrucción para el período 1977-1979, con la copia del acta de posesión y con la de la certificación del Director Seccional de Instrucción que acredita que para la época de los hechos desempeñaba el citado cargo.

2º La versión del denunciante aparece respaldada por el testimonio de varios declarantes, especialmente el de algunas de las personas que junto con él fueron capturados. Se destaca de tales afirmaciones que los Cerón poseían el predio El Porvenir que habían heredado de su padre, que día antes (5 de octubre de 1977), el Juez Promiscuo Municipal de Puerto López, por comisión de otro juzgado, hizo entrega del predio a José Gabriel Carvajal; no obstante, no fue entregado una parte de ese predio que continuaron poseyendo y donde fueron aprehendidos por el juez Alvarado Linares. Destacan estas personas que se encontraban trabajando pacíficamente y que por lo tanto no había razón alguna para su captura, a más de que se violaron los términos para que se les resolviera su situación jurídica.

3º Se allegaron copias del proceso adelantado por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal. De esas copias se destaca lo siguiente:

a) El abogado Napoleón Lamilla formuló denuncia penal contra los invasores de un predio que el Juez Civil Municipal de Villavicencio había entregado a José Gabriel Carvajal. Señaló que luego de la diligencia de entrega, los Cerón acompañados de otras personas invadieron el predio que legalmente se había entregado, de manera que realizaron las conductas previstas en los artículos 424 y 425 del Código Penal de 1936. Acompañó copia de la correspondiente diligencia de entrega;

b) El mismo día de la denuncia (10 de octubre de 1978), el Juez 17 de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso y dispuso la práctica de una diligencia de inspección judicial para establecer la veracidad de la "invasión";

c) El mismo 10 de octubre practicó la diligencia de inspección judicial. En el curso de ella encontró a varias personas en el predio, razón por la cual solicitó al Comandante de la Policía que tales personas fueran trasladadas a Puerto López y puestas a disposición del juzgado;

d) El día 16 de octubre recibió la indagatoria de Omar Cerón Barrera y Manuel Antonio Chacón Sabogal. Al día siguiente recibió la indagatoria de Gustavo Sánchez González, Alfonso Franco Cruz, Joaquín Cerón Barrera e Isaías Camacho Camargo;

e) El 17 de octubre dictó un auto en virtud del cual dispuso la libertad inmediata de todos los capturados. Como fundamento de esta determinación estimó que se trataba de un delito de invasión contemplado en el artículo 424 del Código Penal, sancionado con pena de arresto, de modo que de conformidad con lo previsto por el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, resultaba procedente la libertad inmediata.

4º Rindió diligencia de indagatoria el doctor Raúl Alvarado Linares. En ella manifestó que efectivamente en su calidad de Juez 17 de Instrucción Criminal recibió una denuncia por el delito de invasión; dictó

auto cabeza de proceso y dispuso la práctica de una inspección judicial. En el sitio encontró invasores cuya aprehensión dispuso; no obstante, no les recibió indagatoria de inmediato por cuanto el día siguiente era fiesta. "También pudo haber ocurrido que el suscrito haya dejado la sede del juzgado para trasladarse a cualquier municipio de esa jurisdicción para practicar diligencias en otros procesos...". Afirmó que no ordenó captura alguna, aun cuando reconoce que pidió a la policía que pusiera a los invasores a su disposición, ya que si la legislación procesal civil permite la conducción de testigos, con mayor razón se justifica la de sindicados; además, por cuanto era posible que se estuviera cometiendo un despojo sancionado con pena de prisión y era indispensable recibir la indagatoria de esas personas.

5º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto enjuiciatorio por cuanto el juez Alvarado Linares ordenó la captura de varias personas sindicadas de la comisión de un delito sancionado con pena de arresto, sin explicación justificativa de su conducta, ya que por tratarse de delito sancionado con pena de arresto ha debido preceder la citación para indagatoria. A más de esto, dichas personas fueron puestas a disposición del Juzgado el día 11 de octubre y sólo se les resolvió su situación jurídica el 17 del mismo mes, sin que valgan para justificar su comportamiento los comentarios, que no explicaciones, hechos por el juez sindicado.

Se considera:

En el auto de proceder que es motivo de revisión se formulan dos cargos contra el doctor Raúl Alvarado Linares, por hechos cometidos en su condición de Juez 17 de Instrucción Criminal. En efecto, con sujeción al concepto de su colaborador fiscal, el Tribunal de Villavicencio llamó a responder en juicio criminal al sindicado por las infracciones previstas en los artículos 295 y 296 del Código Penal de 1936, esto es, por haber dispuesto la captura de personas sindicadas de la comisión de un delito sancionado con pena de arresto, respecto de quienes debe darse el requisito de la citación previa que ordena el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, y sólo en caso de incumplimiento procede la captura y por haber superado los términos que la ley consagra para recibir indagatoria, de modo que prolongó indebidamente la detención física de los capturados.

De acuerdo con lo estipulado por el inciso segundo del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal: "Si no se considera necesaria la captura o si el delito mereciere arresto o pena no privativa de la libertad, se citará al sindicado; pero si no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de la diligencia".

Del texto legal transcrito dedúcese que la captura no procede cuando el delito de que se trata tiene señalada pena de arresto. Sin embargo, esta regla tiene dos excepciones en el ordenamiento procesal vigente: a) Cuando citado el sindicado para rendir indagatoria no comparece y b) En los casos de flagrancia o cuasiflagrancia.

El incumplimiento de la citación hecha por el juez para que una persona se presente a rendir indagatoria, faculta al funcionario para

disponer la captura del renuente, así el delito por el que se proceda tenga señalada pena de arresto o merezca pena no privativa de la libertad o se haya dispuesto la citación por cuanto el juez consideraba innecesaria la captura.

También procede la captura en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia aun cuando el delito de que se trate no tenga prevista pena privativa de la libertad o tenga señalada pena de arresto. El artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, faculta a la policía judicial para "en caso de flagrancia o cuasiflagrancia, ordenar y ejecutar la captura, someter a reclusión e incomunicación en las salas bajo su control, a la persona o personas sorprendidas o gravemente indiciadas y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del respectivo funcionario de instrucción". De conformidad con este texto legal que no hace distinciones de ninguna especie, forzoso es concluir que para los eventos de flagrancia o cuasiflagrancia, la captura es procedente sin tener en cuenta la naturaleza de la pena prevista para el hecho, pues el artículo 427 ibídem *que ratifica el mandato del citado artículo 289, sólo estipula que la captura de la persona gravemente indiciada procede únicamente "...cuando el delito por el que se actúa, tenga señalada una pena de presidio o de prisión", vale decir que no impide esa medida cautelar para los casos de sorpresa en el delito o de vestigios de su reciente comisión, cualquiera que sea la entidad del delito cometido.*

Resulta obvio que el legislador no exija juicios de valor sobre la naturaleza de la pena en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia, porque en estos hasta los particulares están facultados para capturar, de conformidad con lo establecido por el artículo 24 de la Constitución. Además, cuando se sorprende a alguien en el momento de cometer el delito es también procedente la captura dispuesta por la policía judicial o por funcionarios judiciales, sin que para el caso deba ser tenida en cuenta la pena, pues en tal evento es de prevalente importancia evitar la comisión del ilícito y la posible extensión de sus efectos.

Ahora bien, en tratándose de delitos que no tienen prevista pena privativa de la libertad o sancionados con pena de arresto, si se ha dispuesto la captura del procesado por su renuencia para comparecer a rendir indagatoria, recibida ésta deberá ordenarse la inmediata libertad incondicional del aprehendido, pues en este caso no se está resolviendo la situación jurídica del sindicado en los términos del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, sino dando estricto cumplimiento al mandato imperativo del inciso final del artículo 426 del mismo ordenamiento.

En el mismo sentido deberá procederse cuando la captura se ha dispuesto por sorpresa en flagrancia o cuasiflagrancia y el delito que dio lugar a aquella no tiene pena privativa de la libertad o está sancionado con pena de arresto, pues a más de evitar la comisión del ilícito y la extensión de sus efectos, la única finalidad procesal de tal captura es la de lograr la indagatoria del aprehendido, de manera que recibida esta procede la libertad incondicional e inmediata del retenido.

En el caso que ahora ocupa a la Sala el funcionario sindicado dispuso la captura de personas a quienes se imputaba de la comisión de

un delito sancionado con pena de arresto, no obstante, tal determinación se tomó cuando dichas personas se hallaban invadiendo un terreno, esto es, cuando estaban *in flagranti*. De modo que por este motivo la conducta del funcionario sindicado no se salió de los límites que le señala la ley y, por lo tanto, así sus explicaciones hayan sido inconsistentes, lo cierto es que la ley lo facultaba para disponer la captura, de manera que no procedió con abuso de sus funciones, requisito indispensable para que se tipifique la modalidad de detención arbitraria prevista en el artículo 295 del Código Penal, que dio lugar a su llamamiento a juicio.

Por lo tanto, el auto de proceder por esta concreta infracción deberá ser revocado y en su lugar se sobreseerá definitivamente al exjuez sindicado.

La segunda imputación que se hizo al doctor Alvarado Linares obedece a la afirmación de que superó los términos que señala la ley para recibir indagatoria, de modo que prolongó indebidamente la detención de los capturados.

Si se tiene en cuenta que la diligencia de inspección judicial fue decretada para las tres de la tarde del 10 de octubre de 1978, la captura de las cinco personas sólo se produjo en las últimas horas de la tarde de ese día, y si se considera que los detenidos fueron puestos a disposición del funcionario el 11 de octubre y que se les resolvió su situación jurídica el 17 de ese mes, debe concluirse que no se desconocieron los términos previstos por el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, señala esta disposición que la indagatoria deberá recibirse a la mayor brevedad posible "...dentro de los tres días siguientes a aquél en que el capturado haya sido puesto a disposición del juez", término que en este caso se aumentaba al doble en razón del número de aprehendidos en la misma fecha, de donde resulta que dicho término comenzaba a contarse a partir del siguiente a aquél en que los capturados fueron puestos a disposición del funcionario, vale decir que estaba representado por el lapso de los seis días corridos que van entre el 12 y 17 de octubre, ya que el término para la práctica de la diligencia de indagatoria no admite interrupción, tal como lo preceptúa el artículo 149 del ordenamiento procesal.

No obstante, la simple afirmación de que no se violaron los términos legales para la recepción de las indagatorias, no lleva a concluir que el comportamiento del funcionario sindicado sea indiferente para el derecho penal, pues bien podría ocurrir que el servidor público se tome caprichosamente la totalidad de los términos legales cuando dispone de la posibilidad de actuar de inmediato, caso en el cual incurriría, por lo menos, en un abuso de autoridad. Con mayor razón en un caso como el presente en donde se había privado de la libertad a varias personas por un delito sancionado con pena de arresto que obligaba al instructor a recibir de inmediato las indagatorias para proceder a decretar la libertad de los supuestos invasores.

Este último aspecto, sin embargo, no ofrece claridad en la actuación, pues de un lado aparece la afirmación del denunciante y de algunos de los declarantes según la cual el funcionario procedió arbitrariamente cuando demoró la recepción de las indagatorias, mientras

que el sindicado señala que en primer lugar no existía claridad sobre la naturaleza del delito cometido por las personas cuya captura se dispuso, pues bien podría tratarse de una invasión sancionada con pena de arresto o de un despojo sancionado con pena de prisión, a más de que fueron las diversas ocupaciones propias de un Juzgado de Instrucción las que impidieron la recepción inmediata de la indagatoria.

De manera que ante las dudas de carácter probatorio que en este sentido se presentan lo procedente, es revocar el llamamiento a juicio por la prolongación indebida de la detención y en su lugar sobreseer temporalmente al sindicado, a fin de que en la nueva etapa investigativa esas dudas sean despejadas. Para tal fin se precisarán las labores cumplidas por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal, en el proceso adelantado contra Omar Cerón Barrera y otros, por el delito de invasión, así como la actividad cumplida por este funcionario en otros procesos que para entonces estaban a su cargo. Igualmente se practicará diligencia de inspección judicial al proceso que se adelantó contra los hermanos Cerón para establecer la calificación que a los hechos dio el juez del conocimiento y se recepcionarán los testimonios de las personas que acudieron a la diligencia de inspección judicial practicada el 10 de octubre de 1978 y que dio lugar a la investigación, tales como el secretario del juzgado, el abogado Napoleón Lamilla y el poseedor José Gabriel Carvajal.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

1º Revocar el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Villavicencio contra el doctor Raúl Alvarado Linares, Juez 17 de Instrucción Criminal, por el delito de detención arbitraria en su modalidad de privación abusiva de la libertad, y en su lugar sobreséese en forma definitiva el sindicado por este cargo.

2º Revocar el auto de proceder dictado contra el mismo sindicado por el delito de detención arbitraria en su modalidad de prolongación indebida de la detención y en su lugar sobreséese en forma temporal al sindicado Alvarado Linares por este concreto ilícito.

Se declara, en consecuencia, reabierta la investigación por el término legal, a fin de que en el nuevo período investigativo se practiquen las pruebas relacionadas en la motivación y todas las que sean necesarias para el perfeccionamiento de la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EL FUERO COMO EXCEPCIONAL PRERROGATIVA INSTITUIDA POR RAZON DE LA CALIDAD FUNCIONAL DEL PROCESADO

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

LA CORTE REITERA SU DOCTRINA

El fuero representa una especial prerrogativa conferida por el constituyente o por el legislador ordinario, en virtud de la cual se busca que el juzgamiento de determinadas personas se haga por autoridades diferentes de aquellas a quienes se atribuye la competencia por razón de la naturaleza del hecho

Para la aplicación de esta disposición (art. 8º del Decreto 2347 de 1971) se exige no sólo la calidad funcional del procesado para el momento de la comisión del hecho delictivo, sino, además es necesario que el hecho se cometa por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 73 de agosto 23 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Bogotá* confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado 18 Superior de esta ciudad *contra Lázaro Riaño Fernández,* por el *delito de homicidio,* que cometió cuando el país no se encontraba en estado de sitio (Decretos 1263 y 2131 ambos de 1978). Contra esta determinación interpusieron el recurso de casación el condenado y su defensor el cual fue legalmente concedido y declarado admisible por la Sala.

Presentada la demanda de casación que se declaró ajustada a las prescripciones formales previstas por la ley, procede la Sala a resolver.

Hechos:

Fueron narrados así por el juez del conocimiento: "En la noche del día dos de octubre del año próximo pasado (1976) transitaban los esposos Sánchez por calles oscuras del Barrio Atenas de esta ciudad. Los cónyuges fueron abordados sospechosamente por un grupo de sujetos que luego desaparecieron cuando Roberto hizo unos disparos al aire. Prosiguieron la marcha y más adelante se reinició la persecusión de unos individuos contra aquel matrimonio, el cual temeroso de la posibilidad de un atraco aceleraron los pasos y pretendieron refugiarse a la entrada de uno de los inmuebles de la barriada. Infortunadamente se inició una serie de disparos contra la pareja y por ello el occiso Roberto Sánchez presuntamente hizo uso de su revólver que impactó al atacante que resultó ser Luis Alberto Blanco García. Continuaron las detonaciones y en tal instante se hizo presente un agente de policía de nombre Lázaro Riaño quien, según la versión de la esposa del occiso, luego de recibir el revólver de Roberto intempestivamente disparó el arma que portaba ocasionándole la muerte al citado Roberto Sánchez Domínguez".

Actuación procesal:

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado 61 de Instrucción Criminal dispusiera la apertura de la investigación en providencia del 5 de octubre de 1976.

Durante la etapa sumarial fueron vinculados a la investigación Lázaro Riaño Fernández, Milton Gómez Lagos, Jesús Antonio Bohórquez Calderón, Pedro Cruz Pabón y Jorge Galindo León.

El Juzgado 16 Superior de Bogotá declaró cerrada la investigación por medio de auto del 3 de agosto de 1977. Este mismo juzgado calificó el mérito del sumario en decisión del 19 de septiembre de 1977, mediante la cual llamó a responder en juicio criminal a Lázaro Riaño Fernández por los delitos de homicidio en Roberto Sánchez y lesiones en Olga Reyes de Sánchez: Por los delitos de robo y lesiones personales enjuició a Milton Gómez Lagos; sobreseyó temporalmente a Riaño y a Gómez por el delito de robo; y sobreseyó temporalmente a los demás sindicados. Así mismo declaró extinguida la acción penal por los hechos delictivos que se atribuyeron a los dos individuos que resultaron muertos.

Apelado el auto enjuiciatorio fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Bogotá por medio de decisión del 17 de abril de 1978.

Tramitada la causa y realizado el sorteo de jurados se verificó la diligencia de audiencia pública que tuvo lugar en sesiones celebradas el 4 de marzo de 1980 y el 8 de mayo del mismo año. Al término de esta diligencia, por mayoría, el jurado estimó que Riaño Fernández no era responsable del homicidio cometido en la persona de Roberto Sánchez. Así mismo estimó que era responsable de las lesiones inferidas a Olga Reyes de Sánchez. Los cuestionarios relacionados con el procesado Milton Gómez Lagos fueron absolutorios.

El juzgado del conocimiento dictó el auto del 2 de junio de 1980, en virtud del cual declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio proferido en favor de Lázaro Riaño Fernández por el homicidio cometido en la persona de Roberto Sánchez Domínguez. Aplazó el pronunciamiento del fallo en relación con los demás aspectos del enjuiciamiento.

El Tribunal Superior de Bogotá al conocer por vía de consulta del auto que declaró la contraevidencia del veredicto lo confirmó en su integridad el 11 de agosto de 1980.

Sorteado nuevo jurado se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública en sesiones celebradas el 23 de julio de 1981 y el 31 de los mismos mes y año. En esta oportunidad el jurado respondió afirmativamente el cuestionario formulado por el delito de homicidio agravado cometido en la persona de Roberto Sánchez Domínguez por el cual había sido enjuiciado Lázaro Riaño Fernández.

El juzgado del conocimiento acogió la veredicción y condenó a Riaño Fernández a la pena de quince años y un mes de prisión, por los delitos de homicidio y lesiones personales; lo condenó igualmente a las pertinentes penas accesorias y al pago de los perjuicios ocasionados con el hecho punible. Milton Gómez fue absuelto de los cargos que se le habían formulado.

La sentencia de primera instancia fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior en decisión del 8 de marzo de 1982.

La demanda de casación:

El señor defensor del condenado presentó demanda de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto estima que dicha providencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad.

Para sustentar su pretensión señala el impugnante que Lázaro Riaño Fernández tenía la calidad de agente de la policía para el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos y actuó justamente en tal calidad cuando fue llamado para auxiliar a sus compañeros que estaban siendo víctimas de una agresión, de donde resultaba aplicable el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971 que le da competencia a la justicia penal militar cuando el hecho ha sido cometido por oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional "...con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

Como el juzgamiento se adelantó por funcionarios que no tenían competencia para ello, el proceso está viciado de nulidad tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual invoca la aplicación del numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y pide que se case la sentencia acusada.

Afirma el actor que diversos textos legales permiten llegar a la conclusión de que su defendido actuó en razón de la calidad funcional que ostentaba, pues los artículos 1º del Decreto 1355 de 1970 y 2º del

Decreto 2347 de 1971 disponen que es función de la policía "la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos" y el artículo 32 del primero de los decretos citados ordena "que los funcionarios de la Policía están obligados a dar sin dilación el apoyo de su fuerza por propia iniciativa, o porque se les pide directamente de palabra, o por voces de auxilio a toda persona que esté urgida de asistencia, para proteger su vida, o sus bienes, o la inviolabilidad de su domicilio, o su libertad, o su tranquilidad..."

Destaca el impugnante que la Resolución número 00168 de 1961, por medio de la cual se aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, en su artículo 13 señala: "Los miembros de la Policía no pueden excusarse de prestar el apoyo que requieran las autoridades y el público, ni abstenerse de guardar el orden, de efectuar la captura de delincuentes o de prevenir la comisión de los delitos invocando el hecho de no hallarse en servicio".

La calidad de agente de la Policía de Lázaro Riaño Fernández está acreditada con la comunicación del folio 152, en la cual se informa que este individuo ingresó a la Policía el 1º de agosto de 1970, que en la época de los hechos se encontraba en servicio activo, adscrito a la Estación Tránsito y Transportes y que el día de los hechos quedó franco a partir de las dos de la tarde.

Afirma, además, el casacionista que prácticamente todas las personas que declararon dentro del proceso, dijeron que el procesado se hallaba uniformado y que en tal condición fue llamado al lugar de los hechos, al punto de que la víctima hizo entrega de su arma a Lázaro Riaño precisamente por cuanto se trataba de un agente del orden.

Además los funcionarios de primera y segunda instancia han destacado en sus providencias que el procesado actuó como agente de la Policía en uso de sus funciones. El cuestionario sometido a la consideración de los jueces de conciencia así lo destaca expresamente; en la sentencia del juzgado se dijo que "...cuando se desató la agresión mediante los disparos irrogados al señor Sánchez Domínguez, se hallaba en total ineptitud de autoprotección por cuanto ya estaba desarmado y definitivamente sometido por aquél que le había aprehendido en su condición de agente de la Policía. También el Tribunal destacó que "...el obitado estaba desarmado y ya no era amenaza para nadie, así el autor de la muerte estuviera investido de autoridad policiva y actuara en ejercicio de sus funciones".

Finalmente anota que por el hecho de que un agente actúe en ejercicio de sus funciones no puede desconocerse que pueda cometer delitos, pues si se negara esta posibilidad en ningún momento podría darse aplicación al artículo 8º del Decreto 2347 de 1971. Tampoco es correcto afirmar que un agente adscrito al Departamento de Tránsito pierde su investidura, ni que carezca de ella por el hecho de estar embriagado.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia por cuanto era la justicia penal militar la llamada a hacer el juzgamiento, pues el policía a quien se atribuyen los hechos actuó en el ejercicio de sus funciones. Demanda, por último que ante las dudas que ha planteado, se dé aplicación al principio de la favorabilidad.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor y solicita que no se case el fallo recurrido. Estima que si bien es cierto que el procesado, para la época de los hechos, tenía el carácter de agente de la Policía, y que el día de los hechos vestía uniforme y ostentaba las insignias de la institución a que pertenecía, no lo es menos que para entonces se hallaba adscrito a la División de Tránsito y Transportes, que se hallaba en franquicia y que se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes.

El artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, sólo consagra fuero especial para el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Policía, cuando el hecho se cometa con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo; es decir, que no es suficiente con tener la calidad de agente de la Policía, sino que es necesario que exista una relación entre el hecho y la función.

En el caso que se estudia "no cabe duda que los delitos atribuidos al procesado recurrente no tienen nexo causal con el cargo de agente de la Policía Nacional en ninguna de las hipótesis previstas en la norma mencionada, puesto que el homicidio y las lesiones no fueron cometidos por él con ocasión del servicio específico al cual se encontraba adscrito, ó por causa del mismo, o de funciones inherentes al cargo, pues no debe perderse de vista que la noche de los acontecimientos el agente Riaño Fernández no se encontraba de servicio sino que disfrutaba de franquicia".

Al no existir la relación de causalidad anotada desaparece el fuero especial, ya que, de otra parte, el procesado obró por un incontenible deseo de venganza por la muerte de Luis, pues embriagado acudió al lugar de los hechos cuando se le informó lo que estaba ocurriendo con una persona que momentos antes había sido su contertulio, a pesar de que para entonces estaba vigente la ley seca. Además, el procesado huyó del lugar y demoró algunos días para reportar el hecho a sus superiores, lo que denota que no actuó en su calidad de policía.

Consideraciones de la Corte:

El fuero representa una excepcional prerrogativa conferida por el constituyente o por el legislador ordinario, en virtud de la cual se busca que el juzgamiento de determinadas personas se haga por autoridades diferentes de aquellas a quienes se atribuye la competencia por razón de la naturaleza del hecho.

Prerrogativa instituida por razón de la calidad funcional del procesado, no con el ánimo de crear una garantía personal, sino con la finalidad de reconocer la importancia de la función y para evitar el juzgamiento de personas por parte de quienes jerárquicamente le están subordinadas. Excepcional, además, por cuanto a través de esta institución se desconocen las reglas generales de competencia previstas en el ordenamiento procesal.

Como institución de carácter excepcional conduce a que se le interprete en forma restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado en la ley, y sólo en la medida en que el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las exigencias previstas también en forma expresa por el ordenamiento.

El conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional ha dado lugar a diversas soluciones jurisprudenciales suficientemente conocidas. Estima, no obstante, la Sala que el juzgamiento del procesado Riaño Fernández por parte de la justicia ordinaria fue correcto de modo que no se incurrió en la causal de nulidad invocada por el casacionista.

Alega el recurrente que para el caso que ahora se estudia era aplicable el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, por medio del cual se reorganizó la Policía Nacional, según el cual "los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas de la Justicia Penal Militar".

Para la aplicación de esta disposición se exige no sólo la calidad funcional del procesado para el momento de la comisión del hecho delictivo, sino además es necesario que el hecho se cometa por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que el hecho imputado tenga origen en la actividad policial o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de la función propia del policía se constituya en medio y oportunidad propicios para la ejecución del ilícito, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de las funciones.

En el caso presente no se dan las exigencias de la norma invocada por las siguientes razones:

a) Ciertamente el procesado, para el momento de la realización de los hechos delictivos, era agente de la Policía, vestía el uniforme y ostentaba las insignias de la institución; no obstante, para entonces se hallaba adscrito a la División de Tránsito y Transportes y no prestaba funciones de vigilancia;

b) Para el momento de la realización del hecho no prestaba servicio alguno, pues se hallaba en franquicia;

c) Cuando acaeció el hecho se hallaba dedicado a la ingestión de bebidas alcohólicas, precisamente acompañado de algunas de las personas que fueron protagonistas de los sucesos delictivos de que trata el proceso;

d) Que no actuó el procesado como agente de la Policía y en el ejercicio de las funciones propias del cargo lo demuestra el hecho de que huyó del lugar en donde ellos ocurrieron y solamente días después presentó un informe e hizo entrega del arma.

Estas razones permiten afirmar que las exigencias de la disposición invocada por el impugnante no se dieron en su totalidad, pues demostrado el supuesto objetivo para su aplicación (la calidad de policía del procesado), no se encuentra razón alguna para suponer que el hecho tuvo origen en la función o fue su consecuencia, que fue el producto de su ejercicio desviado o abusivo, o que se cometió con ocasión del ejercicio de tales funciones.

Se sabe de la realidad probatoria no cuestionada en la demanda, que el procesado se hallaba embriagado y que departía con algunas personas a quienes conoció como miembros de su institución, que estas personas abandonaron el establecimiento en donde se hallaban y que muy probablemente intentaron la comisión de un delito contra la propiedad contra persona que reaccionó y dio muerte y lesionó a dos de sus atacantes; que en ese momento el procesado fue llamado no en su calidad de agente sino como contertulio y miembro del grupo de las víctimas y que acudió al lugar de los hechos porque "...si allá hay revólveres aquí nosotros también tenemos...", lo que demuestra el ánimo vindicativo con que procedió, que se manifestó igualmente cuando ya inerme su víctima, por cuanto voluntariamente le entregó el arma con que se había defendido, le disparó a quemarropa, sin que le importaran las súplicas de la esposa del sujeto pasivo. De estos acontecimientos así apreciados en la instancia y de la fuga de su autor, concluyese que el hecho imputado al procesado nada tuvo que ver con la función policial, de modo que su juzgamiento por la jurisdicción ordinaria no ignoró las normas generales de competencia, pues las de carácter excepcional no eran aplicables, pues no se daban los requisitos propios para su operancia, especialmente si se recuerda el carácter restringido que tiene el fuero. En estas condiciones el cargo no está llamado a prosperar.

Para responder alguna afirmación que se hace en la demanda se anota que la calidad funcional del agente no le confiere lo que suponga o imagine la víctima de un delito, pues el cargo, sus atributos y funciones dependen de la ley. Si la víctima entregó su revólver a un uniformado, tal hecho no le daba a éste ni calidades de policía, ni lleva por sí solo a conferir validez de funciones oficiales al comportamiento el simple hecho de que al procesado se le haya reconocido su carácter de policía en el cuestionario daba lugar a cambio de competencia, por cuanto, como ya se dijo, esta sola calidad no permite aplicar la norma invocada.

Finalmente adviértese que el principio de favorabilidad reclamado por el actor no opera ante las dificultades probatorias ni ante la diversidad de posiciones doctrinarias sobre un asunto. De conformidad con el artículo 26 de la Constitución, desarrollado por los artículos 6º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, este principio es aplicable para los casos en que haya sucesión de leyes en el tiempo y de esto no se trata en el presente caso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

IMPEDIMENTO Y RECUSACION

El Código de Procedimiento Penal trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender a ésta con los preceptos de aquél

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 74 de agosto 30 de 1983.

Vistos:

El doctor Santiago Salah A., en escrito de 12 de agosto del año en curso, invita al Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez a declararse impedido en el conocimiento del proceso seguido contra *Eduardo Uribe Narváez.* Alude a los adversos conceptos de este funcionario, en un foro organizado por la Asociación Nacional de Empleados Judiciales, sobre "financistas y financieros" involucrados en algunas actividades económicas de los últimos tiempos, para quienes exigió, por la gravedad de sus actos, severo tratamiento penal. Esto, al decir del libelista, concreta una opinión anticipada "que permite colegir que su mente no está desprevenida sino bien prevenida contra estos financistas".

El Magistrado Rodríguez, sobre el particular, anota que sus apreciaciones no han pasado de ser "opiniones genéricas sobre el equivocado tratamiento legal a delitos graves que atentan contra la economía del país", pero sin comprometer su criterio sobre un caso específico, menos el de autos. Anota que sus inquietudes intelectuales no sólo las ha exteriorizado en aspecto como el comentado sino en muchos otros, tratando siempre de buscar el mejoramiento de la legislación, o de las instituciones y, en definitiva, de una correcta y eficaz administración de justicia; pero, mientras se suceden las reformas por las cuales propugna en escritos, conferencias y cátedra, acata la situación legal existente. Concluye diciendo que su caso no es el contemplado en la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal; "sin embargo, si la Sala Penal de la honorable Corte Suprema piensa que estoy impedido, recibo su decisión con el mayor respeto y me separo

del conocimiento con el mismo gusto con que participaría en la decisión que está en trámite como es mi deber".

El Magistrado Sustanciador, doctor Marino A. Rodríguez, ha enviado estas diligencias a la Corte por cuanto el doctor Rodríguez "ha rechazado la recusación de que fue objeto", en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala:

Muy breve es lo que tiene que expresar la Corte en relación con este incidente, el mismo que refleja no el apego a las normas procedimentales pertinentes sino la reiteración de una costumbre que introduce confusión al tema. La obligación del funcionario público, cuando advierte uno cualquiera de los motivos consagrados por la legislación como causales de separación, es perentoria: Manifestar su impedimento sin reticencias ni pretextos. En este punto se le demanda rectitud y claridad buscando tan sólo los altos fines a que responde el comentado instituto. Cualquiera de las partes debe, por iniciativa propia, en circunstancias tales, introducir la recusación pertinente, aportando la demostración de rigor. Iguales factores de lealtad y probidad deben existir. Pero la distorsión institucional se presenta cuando las partes se abstienen de formular y probar la recusación, para insinuar al funcionario la conveniencia o justicia de invocar su impedimento. Y aquél resuelve referirse a éste, tramitándose posteriormente el incidente por las normas propias de la recusación.

El Código de Procedimiento Penal trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender a ésta con los preceptos de aquél. Una petición de una parte en el sentido de reclamar la exteriorización de un impedimento, debería responderse con la invocación del fuero propio que implica esta función, sin involucrar los motivos del cuestionamiento. Y allí pararía el asunto, sin atraer la intervención del homólogo que sigue en turno o la del inmediato superior. Esta doble actuación sólo se posibilita cuando el que puede recusar se decide en este preciso sentido o cuando el que puede excusarse manifiesta el impedimento. Resulta todavía más improcedente, como ha ocurrido en el caso sub exámine, *que la no aceptación de un insinuado impedimento, se tome como el rechazo a una recusación.*

Aquí esto último no ha acontecido porque así no la planteó el doctor Salah, ni así la entendió el Magistrado Rodríguez. Tampoco se trata de un impedimento porque el Magistrado en referencia no ha exteriorizado espontáneamente esta situación. Respondió, por no dejar sin respuesta un pedimento, a una inquietud de una de las partes. Si aquella creyó que podía actuar en ese sentido, la contestación dada por el Magistrado es suficiente definición del incidente, sin que tenga que intervenir ni la Sala Dual del Tribunal ni la Corte Suprema de Justicia. Tanto la recusación como el impedimento no han surgido como deben surgir.

De ahí, entonces, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstenga de pronunciarse concretamente sobre la procedencia o improcedencia de un impedimento en el Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez, y menos de la recusación de tal funcionario.

El trámite de la instancia debe continuar.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO. ARTICULO 102 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 74 de agosto 30 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga mediante sentencia de 12 de agosto del año pasado confirmó, sin modificaciones, la de primer grado por medio de la cual el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad condenó a *Luis Alfonso García Correa,* a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a las accesorias correspondientes como autor penalmente responsable del delito de homicidio que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente sintetizados por el juzgado en la sentencia de primera instancia y una breve reseña de la actuación indicada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, respectivamente, en los siguientes términos:

"...Eran las ocho de la noche del quince de junio de mil novecientos ochenta y uno cuando, en sitio adyacente a su vivienda de la calle 16 bis número 9-37 en Cartago, el señor José Raúl Escobar Hernández cayó herido con proyectil de revólver disparado por Luis Alfonso García Correa y que hizo impacto en región clavicular derecha, por lo cual hubo de ser trasladado al hospital local y luego al regional San Jorge de Pereira donde recibió atención médica. Con todo, al cabo de un mes falleció por anoxia como consecuencia forzosa de la grave lesión inferida que interesó músculos respiratorios y médula espinal (fl. 154 cuaderno 1º)..."

"...Iniciada la averiguación por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal del Distrito, se recibieron las pruebas pertinentes y se dispuso la detención del procesado —agente de la Policía posteriormente retirado— y una vez cumplidas otras pruebas ordenadas por el juez del conocimiento y perfeccionada la investigación, se cerró ésta y se calificó por aquél, de acuerdo en parte con el Ministerio Público, con llamamiento a juicio por homicidio agravado por la indefensión; ejecutoriado el auto de proceder y cumplida una de las pruebas ordenadas, se celebró la audiencia pública, a la cual no asistió el señor Fiscal del Juzgado, quien se excusó de asistir por enfermedad —si bien no presentó comprobación al respecto— anotándose en el acta respectiva:..."

"...seguidamente el señor juez le concedió el uso de la palabra, por primera vez, al colaborador Fiscal del Juzgado, quien no se encuentra presente en esta audiencia y a última hora presentó por escrito solicitud de aplazar la audiencia manifestando que se encontraba enfermo de una bronquitis, pero sin acompañar prueba alguna al respecto. En tales circunstancias, no habiendo presentado el señor Fiscal la comprobación del caso, se continúa la audiencia conforme a lo normado en los artículos 506 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el mismo código..."

"...De conformidad con el veredicto afirmativo por mayoría se dictó la sentencia de primera instancia, apelada por el procesado y su defensor, quien en la segunda instancia solicitó nulidad de lo actuado por la ausencia y consiguiente falta de intervención del Fiscal en la audiencia, rechazada por el Tribunal, el cual acogió el criterio del Juez Superior al examinar este punto, para dictar el fallo confirmatorio, objeto del recurso de casación..."

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual formula el siguiente cargo:

Causal cuarta:

"...'Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad' (numeral 4º del art. 580 del C. de P. P.). Esta es la causal invocada..."

"...Efectivamente, del estudio de esta norma se desprende, con meridiana claridad, que hay ocasión de interponer el recurso de casación, ya que es inobjetable la violación a la ley procesal penal. Por lo mismo hay lugar a la casación..."

"...Estudiadas las cosas así, observamos que cuando el señor juez del conocimiento decide celebrar la audiencia pública, pese a estar plenamente advertido de la no comparecencia del Fiscal del mencionado despacho judicial, incurrió en una causal de nulidad extralegal o constitucional, como quiera que para los juicios con la intervención del jurado popular es imprescindible la presencia y la intervención del representante de la sociedad. En evidente concordancia con mi pensamiento el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, acude a la letra y el espíritu del mencionado, cuando establece que luego de interrogar al procesado el funcionario o juez del conocimiento,

antes de dar curso al debate oral, y en el mismo acto solamente, concederá la palabra en el siguiente orden: Agente del Ministerio Público, parte civil, procesado o su vocero y defensor, agregando: 'En las audiencias con intervención del jurado, el uso de la palabra se concederá por dos veces, en el orden establecido...' Significa lo anterior, con absoluta y meridiana claridad, que el juez debe y está en la obligación de conceder a las partes el uso de la palabra —que es un derecho— por dos ocasiones..."

"...Si esto es así, como es, y nadie puede rebatirlo, cómo puede sostenerse que el señor Fiscal del presente proceso, tuvo la oportunidad expresamente ordenada en el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal de renunciar al uso de la palabra? Acaso no se pretermitió la forma propia del juicio? No incurre el proceso entonces en una causal de nulidad constitucional, por haberse olvidado de las normas propias del evento jurídico, tal como lo establece el artículo 26 de la Carta fundamental del país?..."

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, opina:

"...La nulidad referida fue planteada ante los funcionarios o juzgadores de instancia, quienes la rechazaron con argumentaciones que comparte este Despacho.

"Efectivamente, se considera que la intervención y presencia del Fiscal en los juicios con jurado es de particular importancia, dado que la ley defiere a los jueces de conciencia la decisión sobre responsabilidad del procesado, sobre la cual debe dictar el fallador la correspondiente sentencia; por lo cual, la voz del Ministerio Público en cuanto representa la acusación o el interés de la sociedad para que la ley se aplique rectamente, es de indiscutible importancia, dado que el proceso se define a través de la respuesta del jurado.

"Por esto, no resulta aconsejable, ni conveniente, en concepto de este Despacho, en forma alguna, que se adelante el juicio con jurado sin la intervención del Ministerio Público, que muchas veces representa el equilibrio entre la acusación, que por lo general está a su cargo de acuerdo las demostraciones y circunstancias del proceso y las argumentaciones de la defensa, sobre todo lo cual los jueces de conciencia deben formar su criterio para definir lo relacionado con los cargos que se someten a su decisión.

"Así en el caso referido, hubiera sido conveniente, vista la manifestación del Fiscal ya indicada, que se aplazara la audiencia; sin embargo, la decisión contraria, como se adoptó, no conduce estrictamente a la nulidad por lo que se expresa a continuación.

"El artículo 508 del Código de Procedimiento Penal es suficientemente claro en cuanto a que '...la ausencia del Ministerio Público y del apoderado de la parte civil no impedirá la celebración de la audiencia, pero la asistencia del defensor es obligatoria y deberá alegar verbalmente o por escrito, según el caso...'

"Esta norma, como ya se anotó en los conceptos y decisión de las instancias, es común a los juicios con jurado y sin intervención; por manera que ante una disposición clara y expresa, que traduce indu-

dablemente el pensamiento del legislador, no puede decretarse una nulidad que resulta expresamente desechada o rechazada.

"Si en tal forma existe precepto expreso, no puede fundarse en tal situación el desconocimiento de formas propias del juicio como sustento de la nulidad, pues la ley no le da a tal omisión el alcance referido y en dicho sentido deben entenderse o interpretarse las normas en su conjunto; sin que pueda conducir a conclusión contraria la reglamentación necesaria de la forma como debe desarrollarse el acto de la audiencia, ante la norma que contempla la situación expresa, como es la referida.

"En el caso concreto, no se establece o aparece el efecto adverso que la omisión tuviera respecto al procesado y que fundamentara la petición expresada, aunque su decisión favorable beneficiaría al procesado porque permitiría un nuevo juzgamiento en audiencia; lo dicho, porque la petición del Ministerio Público fue también de enjuiciamiento; y la defensa tuvo oportunidad suficiente de desvirtuar los cargos formulados.

"Por lo demás, este es el sentido de la jurisprudencia de esa honorable Corte, especialmente de la sentencia de 13 de febrero de 1975, Magistrado sustanciador doctor Roncallo Acosta que oportunamente recuerda el fallo del Tribunal y la cual debe tenerse en cuenta para decidir sobre el cargo, con razonamientos que comparte este Despacho y que en esencia son los mismos ya expresados..."

Consideraciones de la Corte:

Las nulidades de rango constitucional no pueden mirarse como una creación doctrinaria caprichosa y nociva. Responden a una necesidad jurídica y constituyen un instrumento feliz de realización de la justicia. Mantener purificado el sistema procedimental, ajeno a vicios que lo apartan de su finalidad no puede ser jamás un fenómeno obstaculizante de la labor del juez sino su suprema disciplina, su última garantía de eficacia y el sello definitivo de dignidad y respeto. Cada día se advierte la cautela de la Corte en su aceptación y alcance, al punto que no es dable afirmar su abuso que sí su escrupulosa ponderación. Institución tan especial y trascendente no suscita inquietud, en cuanto a sus posibilidades enervantes, cuando se aplica con mesura y responde a su vital razón de ser. Sus constantes aciertos suscitan un consenso de seguridad y alivio al afianzarse el buen concepto de la justicia, la cual se menoscaba y deslustra si se aparta de sus principios tutelares e introduce, con el desconocimiento de los derechos del procesado, la lamentable justificación de medios indebidos en virtud de los inmediatos fines conseguidos.

Por eso cuando se trata de una violación de esta naturaleza no es dable mirar, para descartar su procedencia, si se ha logrado una sentencia condenatoria. Creer en el caso examinado que la intervención del Ministerio Público en la audiencia por jurados aparece como irrelevante, porque aquellos profirieron veredicción de responsabilidad, es entender la nulidad constitucional como medio que sólo propicia la expedición de fallos punitivos y mina los de absolución, cuando lo

cierto es que unos y otros pueden resultarle indiferentes, aunque, por regla general, suela decirse que sus posibilidades aumentan cuando la sentencia ha sido de condena; o estimar la labor del Ministerio Público, en esta clase de diligencias, reducida a procurar únicamente una pena, cuando lo cierto es que con igual propiedad puede recomendar temperancia en sus consecuencias o apoyar una respuesta de inocencia. La verdad está según la estructura de nuestro procedimiento penal en reconocer en el Ministerio Público un decisivo, fundamental e imprescindible factor de análisis del auto de cargos, cualquiera sea su forma de pensar. Contrariando la opinión del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez (ver salvamento de voto a la sentencia de abril 28 de 1983, con ponencia del Magistrado Fabio Calderón Botero) la Sala ha entendido que la omisión de concepto del Ministerio Público, una vez cerrada la investigación, indicada en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal, no traduce, una circunstancia de anulación del proceso, así se trate de juzgamiento con intervención del jurado. Pero afirma enfáticamente que su alejamiento de la audiencia pública, cuando actúa el jurado de conciencia, sí implica una nulidad de rango constitucional, cualquiera sea la veredicción pronunciada.

El artículo 508 del Código de Procedimiento Penal tiene una interpretación restringida en cuanto al rol del Ministerio Público, y ésta se contrae a vincular su efecto únicamente a los debates suscitados ante un juez de derecho. Pero cuando actúa el jurado, la norma no tiene los alcances que se le ha querido dar en anteriores pronunciamientos de la Corte. En estos casos el juez debe obtener la comparecencia e idónea participación del Ministerio Público, puesto que la actuación es fuente imprescindible de información y conocimiento para el jurado, sobre cuya respuesta se elabora la respectiva sentencia. Debe por tanto verificar los motivos de renuencia para deducir si los mismos aparecen justificados y de no, aplicar su poder disciplinario, independiente de la actividad disciplinaria que en este campo corresponde al nominador o a las averiguaciones penales que puedan suscitarse. Pero, en uno y otro evento, esto es, dándose motivo atendible de inasistencia o razón no valedera, la audiencia tiene que posponerse hasta lograr que este funcionario, o el que deba reemplazarlo, intervenga en representación de la sociedad, según los fines indicados en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal.

La estructura del procedimiento penal, en el terreno de la actuación del jurado de conciencia, y la forma como se reglamenta para este caso la intervención del Ministerio Público, no permite pasar por alto esta actuación, así se quiera consultar fines de celeridad y expedición en la administración de justicia. Hay razones superiores a estos objetivos, y las mismas no pueden desconocerse.

El cargo prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 12 de agosto de 1982, en contra de Luis Alfonso García Correa, por el delito de "homicidio" en José Raúl Escobar. Como consecuencia de este pronunciamiento, se *declara*

la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto de veinticuatro de marzo del año en referencia (fl. 130), por medio del cual se señaló la fecha del sorteo de jurados.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Salvamento de voto; *Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Con el mayor conocimiento procedo a consignar las razones que me llevaron a suscribir la anterior sentencia con salvamento de voto.

A pesar de los muy juiciosos e interesantes planteamientos que se hacen en la decisión mayoritaria, estimo que la no comparecencia del Ministerio Público a la audiencia pública con intervención de jurado no es causal de nulidad. Baso esta afirmación en lo siguiente:

a) La nulidad, sea ésta legal o de carácter constitucional, es la máxima sanción que establece el ordenamiento para la tramitación irregular de una actuación procesal, en la medida en que esa actuación desviada quebrante la estructura del proceso o desconozca sus lineamientos fundamentales en detrimento de los intereses de los sujetos procesales.

En este orden de ideas debe aceptarse que las nulidades que consagra en forma expresa el ordenamiento procesal penal (arts. 210 y 211 del C. de P. P.), así como las que la jurisprudencia ha deducido de los artículos 26, 28 y 123 de la Constitución Nacional, obedecen a actuaciones incorrectas de la jurisdicción, bien porque actuó cuando la ley no la facultaba para ello, ora porque prescindió del proceso o de partes fundamentales del mismo o, en fin, porque actuó con desconocimiento de ritualidades instituidas para garantizar el ejercicio de derechos tutelares.

Una rápida revisión de cada una de las causales que consagra el ordenamiento procesal permite afirmar que todas ellas conducen a incorrecto ejercicio de actividad funcional y que en ninguna de ellas la actividad e inercia de las partes juega papel, a no ser para subsanar, cuando a ello hubiere lugar, los vicios que al proceso ha llevado la jurisdicción. En la misma forma las garantías procesales y sustanciales que emergen de la Carta originan nulidad cuando son desconocidas por la jurisdicción, pues sólo ésta puede juzgar sin competencia, con desconocimiento del principio de legalidad o de reserva o sin observancia de la plenitud de las formas procesales en detrimento de los derechos de las partes. Así mismo sólo al funcionario puede atribuirse la omisión del precepto que obliga a aplicar la ley permisiva o favorable y sólo éste puede dictar una sentencia carente de motivación;

b) Con relación a las personas que intervienen en el proceso la jurisdicción tiene un deber de garantía que se manifiesta principalmente en concederles a estas la posibilidad de que ejerzan a plenitud los derechos que le confiere el ordenamiento. El no ejercicio o el ejercicio defectuoso o equívoco de estos derechos es conducta que sólo

puede afectar a la parte pero en manera alguna al proceso; pues en este caso las nulidades se podrían crear a discreción, quizá con finalidades preditarias con la simple renuencia a cumplir con deberes procesales.

Es por ello que la Sala en repetidas oportunidades ha manifestado que una equivocada defensa, la ausencia de un alegato o de un argumento, la falta de impugnaciones, o la inactividad probatoria, no pueden considerarse como atentados contra el derecho de defensa. La ley no le brinda a los funcionarios judiciales la capacidad para hacer juicios de valor sobre cuál habría podido ser la mejor táctica defensiva, pues no es descartable que en algunos casos y dentro de determinadas circunstancias, el silencio puede resultar una adecuada forma de defensa o por lo menos un mecanismo para que no se agrave la situación de la parte que se representa. De modo que si una defensa o actuación equivocada no es causal de nulidad con menor razón la nulidad puede tener origen en el silencio, especialmente si se tiene en cuenta el deber de imparcialidad que nuestro ordenamiento le impone al juez.

El incumplimiento de los deberes de las partes puede dar lugar a las sanciones disciplinarias de carácter específico con que el ordenamiento procesal sanciona ciertas formas de desacato, a las sanciones disciplinarias genéricas que para los abogados contempla el Decreto 196 de 1971 y para los fiscales el Decreto 250 de 1970 o aún a sanciones de carácter penal (colusión en el caso de los abogados, prevaricato omisivo en el de los fiscales), pero en manera alguna son fuentes de nulidad;

c) El artículo 508 del Código de Procedimiento Penal, señala de manera clara que la ausencia del agente del Ministerio Público no impide la celebración de la audiencia, vale decir que su inasistencia al debate no da lugar a nulidad.

Esta disposición forma parte del capítulo que consagra las reglas para la celebración de la audiencia, predicables tanto para los juicios que se adelantan sin la intervención del jurado como para aquellos en los que éste interviene. Una regla de hermenéutica enseña que cuando el legislador no distingue, no le es dado hacerlo al intérprete; además, si sentada la regla general en el citado artículo el legislador hubiera querido que ella no se aplicara a los juicios que se siguen con jurado, habría consagrado la excepción. Como no lo hizo, tal excepción no puede ser válidamente creada por el intérprete;

d) No aparece adecuado que una supuesta nulidad opere por fuera del contexto en que ella pudo haber ocurrido, así sea para señalar provechosos criterios generalizadores. No parece adecuado, en consecuencia, que se decrete la nulidad de un proceso que ha culminado con sentencia absolutoria, porque dentro de esa concreta actuación la jurisdicción desconoció e impidió el derecho de defensa de ese procesado, ni que frente a una sentencia condenatoria se predique una nulidad por desconocimiento de los derechos de la parte civil. Tampoco el desconocimiento de los derechos de la sociedad representada por el Ministerio Público debe dar lugar a nulidad cuando el resultado del proceso coincide con las pretensiones conocidas del correspondiente

fiscal. Vale decir, que el conculcamiento de los derechos de los sujetos procesales no se puede predicar en forma general y abstracta, sino en la medida en que tal desconocimiento se haya traducido en un real y efectivo detrimento de esos intereses en un concreto proceso;

e) Por último cabe anotar que la jurisprudencia de esta Sala en oportunidad precedente desidió en el sentido que se prohije en este salvamento de voto. En efecto, en sentencia del 13 de febrero de 1976, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Julio Roncallo Acosta, se decidió que la inasistencia del representante del Ministerio Público a la diligencia de audiencia pública con intervención de jurado no era causal de nulidad. Así como en oportunidad reciente (abril 28 de 1983), con ponencia del honorable Magistrado Calderón Botero y salvamento del honorable Magistrado Gómez Velásquez, estimó que la ausencia del concepto fiscal previo a la calificación del mérito del sumario no daba lugar a nulidad.

En esta forma dejo consignadas las razones de mi respetuoso disenso.

Luis Enrique Aldana Rozo, Magistrado.

Bogotá, septiembre 1º de 1983.

1º SITUACION JURIDICA DEL INDAGADO. PROVIDENCIA

INTERPRETACION JURIDICA DEL ARTICULO 437 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DIVERSIDAD DE OPINIONES DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemática; su naturaleza teleológico-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación

2º RECURSO DE APELACION

Efecto en el cual se concede. Fines propuestos por el legislador

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 74.

Vistos:

Procede la Sala a tomar la determinación que corresponde con relación a la denuncia formulada por el doctor Rafael Penso, contra el doctor *César Pompeyo Rodríguez Rangel,* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta.

Hechos:

Afirma el denunciante que el Magistrado Rodríguez Rangel cometió los delitos de "prevaricato y denegación de justicia" por cuanto en la tramitación del proceso que contra varias personas se adelanta por el delito de hurto calificado contra intereses de la Caja Agraria, realizó las siguientes conductas: a) Conoció de la apelación de un auto que dispuso la libertad de unos sindicados en contra de la opinión de la Corte que estima que ese es un auto de sustanciación y, por lo tanto,

no susceptible de apelación; b) Al conocer de la apelación tuvo en cuenta una prueba allegada extemporáneamente y con fundamento en ella dictó auto de detención contra varias personas; c) No ha ordenado la expedición de copias solicitadas por la defensa, en cambio ha procedido con prontitud cuando la petición proviene de la parte civil; d) El Magistrado Rodríguez Rangel fue recusado y ninguna manifestación hizo para aceptar o negar la recusación.

Resultandos y considerandos:

Primero: El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal dictó, el 11 de febrero de 1983, un auto en virtud del cual decretó la detención preventiva de Alfonso Enrique Freyle Maestre y Luciana Lobato de Lobato, por el delito de hurto; en esa misma decisión dispuso la libertad de los capturados Felipe Segundo Deluque Obregón, Isaac Charris Cuao, José María Robles Amarís y Jesús Jiménez Chaves. Contra esta providencia y en cuanto ordenó la libertad de unos capturados, interpusieron el recurso de apelación el Ministerio Público y el representante de la parte civil.

El proceso fue repartido al Magistrado Eugenio José Lafaurie quien presentó un proyecto que no fue aprobado por los restantes Magistrados de la Sala de Decisión, motivo que dio lugar a que la ponencia fuera elaborada por el doctor Pompeyo Rodríguez. Este presentó un proyecto que se convirtió en el auto de 13 de abril de 1983 que revocó la detención de la sindicada Luciana Lobato de Lobato, confirmó la medida cautelar dictada contra Alfonso Freyle Maestre y decretó, además, la detención de Segundo Deluque Obregón, Isaac Charris Cuao, José María Robles Amarís, Jesús María Jiménez Chaves, Roberto Luis Cataño Ríos, Juan Antonio Medina Ríos, Juan Francisco Bueno Cera, Kenet David Cárdenas Vega y Rodolfo López García.

El Magistrado Eugenio José Lafauris firmó el auto con salvamento de voto por cuanto en su concepto el auto que decide sobre la libertad de un capturado es de sustanciación. Además estimó que no existía fundamento para dictar esa medida preventiva y criticó los razonamientos hechos en el auto sobre el mérito probatorio para detener.

En opinión del denunciante el Magistrado César Pompeyo Rodríguez cometió el delito de prevaricato por cuanto a pesar de que este funcionario tradicionalmente ha sostenido que el auto que resuelve sobre la libertad de un capturado es de sustanciación, en este caso no se abstuvo de conocer y, por el contrario, dictó auto de detención contra varios sindicados cuya libertad había sido dispuesta por el Juzgado de Instrucción. Para sustentar su aserto aportó copia de una decisión con ponencia del mismo Magistrado, del 2 de diciembre de 1982, en la cual se abstuvo de revisar un auto de la misma naturaleza que había sido apelado y que inexplicablemente aparece con dos salvamentos de voto. Así mismo el abogado Blas Almanza recuerda que la revista del Tribunal de Santa Marta publicó una decisión, con ponencia del Magistrado Rodríguez Rangel, del 18 de enero de 1980, según la cual el auto que decide la libertad de un capturado es de sustanciación y, por lo tanto, no apelable.

Con relación a la interpretación que debe darse al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, que preceptúa que terminada la indagatoria o vencido el término señalado en el artículo 434 ibídem, *deberá resolverse la situación jurídica del aprehendido dictando en su contra auto de detención, si para ello hubiera mérito, o disponiendo su libertad inmediata, se han presentado diversidad de opiniones en la doctrina y en la jurisprudencia, pues de una parte se afirma que esta última determinación debe tomarse mediante un auto de naturaleza interlocutoria, con base en lo ordenado por el artículo 168 del ordenamiento procesal, mientras que de acuerdo con otro criterio se estima que siendo la libertad un derecho natural ninguna formalidad es necesaria para su restablecimiento y, por ende, el auto que la decreta luego de la situación de captura, es de simple sustanciación, a menos que se responda a petición fundamentada de las partes.*

El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas; su naturaleza teleológico-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación.

Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato general y abstracto concebida de manera estática en cláusulas gramaticales, de otra, el intérprete, influenciado por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente.

En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se toman distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, con mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico-penal.

En el caso que ahora ocupa a la Sala el Magistrado denunciado aplicó una tesis cuyo punto de partida es la interpretación exegética del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, de modo que el auto que dictó y que ha sido objeto de cuestionamiento dista mucho de ser manifiestamente contrario a la ley y, por lo tanto, conducta típica de prevaricato.

Se ha traído a colación por el denunciante el hecho de que el Magistrado Rodríguez Rangel en precedentes oportunidades ha sustentado la tesis contraria a la que acogió en el caso que se analiza. El cambio de posición jurídica tampoco es por sí mismo conducta vituperable, pues bien puede obedecer a mediocridad conceptual o al fruto de un nuevo análisis de la realidad jurídica. Sin embargo, tampoco en estos casos puede afirmarse el comportamiento delictivo del funcionario a

quien se le ha criticado la calidad jurídica del auto, pero no la justicia de la decisión.

En estas condiciones es evidente que el Magistrado denunciado no ha cometido delito alguno y, por lo tanto, lo procedente es dictar el correspondiente inhibitorio.

Segundo. Se denunció también al Magistrado Rodríguez Rangel por cuanto para revocar la libertad de las personas a quienes había liberado el funcionario de instrucción tuvo en cuenta una prueba allegada irregularmente. En efecto, una vez que la copia del proceso había sido enviada al Tribunal para conocer de la apelación del auto que ordenó unas detenciones y dispuso unas libertades, el instructor recibió una declaración de la cual surgían cargos contra varios sindicados. El apoderado de la parte civil pidió que copia de esa declaración fuera enviada al Tribunal que para entonces debía decidir sobre el recurso a fin de que tuviera mejores elementos de juicio, solicitud que fue atendida por el funcionario instructor. La Sala, con la salvedad de voto de un Magistrado, tuvo en cuenta esta prueba y presumiblemente con base en ella profirió la detención de varias personas.

El artículo 200 del ordenamiento procesal penal dispone que cuando se conceda la apelación en el efecto devolutivo, se remitirá al superior copia del expediente. Es evidente que la copia debe ser íntegra, vale decir, que deberá comprender toda la actuación procesal y los documentos que la acompañen. No existe, sin embargo, una regulación específica sobre las pruebas que se practiquen con posterioridad a la concesión del recurso y durante la ejecutoria de la providencia que concede la apelación, a pesar de que no hay motivo alguno que impida el envío al ad quem *de copia de la totalidad de la actuación surtida hasta el momento en que físicamente se envía el expediente al superior.*

Cuando la apelación se ha concedido en el efecto devolutivo y el proceso se encuentra en la etapa sumarial, el funcionario instructor debe continuar practicando las diligencias investigativas correspondientes. En este caso el funcionario de segunda instancia debe resolver con los elementos de convicción que oportunamente le han sido enviados; no obstante, si por iniciativa del instructor o por solicitud de alguna de las partes se dispone el envío de copia de pruebas practicadas luego del recibo del proceso por el superior, ninguna razón se opone a que el funcionario de segunda instancia tenga en cuenta estas pruebas para decidir.

El efecto devolutivo en la concesión del recurso de apelación busca que no se despoje del poder funcional al a quo *mientras se decide el punto que ha sido objeto de impugnación, a fin de que éste pueda continuar válidamente la tramitación procesal. De manera que esta tramitación forma parte del proceso y, en consecuencia, puede ser conocida por la jurisdicción en sus dos instancias, sin que para ello valgan discutibles argumentos de oportunidad, pues el fin supremo de la investigación es establecer lo que realmente ha ocurrido para con fundamento en ello tomar decisiones con acierto y equidad.*

Si nada se opone a que una de las partes presente en la segunda instancia, junto con sus alegatos, documentos u otros medios de con-

vicción que por cualquier motivo no pudieron ser aportados ante el funcionario de primera instancia, con menor razón puede negarse la posibilidad de que el superior conozca las pruebas válidamente practicadas por aquél así se hayan practicado luego del envío del expediente.

De modo, pues, que tampoco por este aspecto merece reproche la conducta del funcionario denunciado.

Tercero. Se acusa al doctor Rodríguez Rangel por cuanto no ha dispuesto la expedición de unas copias solicitadas por uno de los defensores, cuando a la parte civil le fueron expedidas de inmediato las que solicitó.

De conformidad con la constancia del secretario del Tribunal, las copias pedidas por el apoderado de la parte civil se expidieron por cuanto fueron solicitadas el 15 de abril de 1983, antes de que comenzara a ser notificada la providencia del 13 de los mismos mes y año. Con relación a las copias pedidas por los apoderados de los procesados reza la constancia: "Que existen unas peticiones pendientes de los abogados de los sindicados, la cual (sic) se pasarán al despacho del Magistrado ponente, una vez esté formalmente ejecutoriada la providencia del trece (13) de los corrientes, para que dicha ejecutoria no sea interrumpida". El 28 de abril pasó el proceso al despacho y ese mismo día se ordenó compulsar las copias solicitadas.

De conformidad con esta constancia secretarial ningún cargo puede formularse al Magistrado, pues fue la secretaría, por la razón que en la constancia se indica, la que no pasó el expediente al despacho tan pronto fueron hechas las solicitudes.

Cuarto. Finalmente se denunció al Magistrado Rodríguez Rangel por cuanto ninguna manifestación hizo con relación a la recusación que le propuso el ahora denunciante.

El Tribunal Superior de Santa Marta resolvió sobre el auto apelado el 13 de abril y el memorial de recusación se presentó el día 25 del mismo mes. Con fecha mayo 3, el Magistrado denunciado dictó un auto en el que, entre otras consideraciones, consignó: "De otra parte, el Tribunal, perdió jurisdicción para resolver cualquier otro tipo de petición".

La anterior manifestación indica que no se trató de una omisión deliberada en cuanto al pronunciamiento pertinente sobre la recusación, sino que resuelto el recurso de apelación, no cumplía hacer pronunciamiento alguno por falta de competencia. Esta actitud del Magistrado denunciado bien puede ser discutible, pero en manera alguna representa la comisión de comportamiento delictivo, ya que no se ha demostrado que luego de formulada la recusación haya tomado determinaciones de fondo en el asunto.

Quinto. Para demostrar que el Magistrado Rodríguez Rangel ha tomado posiciones conceptuales diversas frente a un mismo punto de derecho, se trajo copia de una decisión dictada en otro proceso, con dos salvamentos de voto. Como este hecho puede representar conducta que merece investigación disciplinaria, deberá darse el informe corres-

pondiente a la Procuraduría Regional de Santa Marta, a fin de que tome la determinación a que haya lugar.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1º Abstenerse de abrir investigación penal contra el doctor César Pompeyo Rodríguez Rangel, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, por los hechos denunciados dentro de estas diligencias y en atención a las razones expuestas en la motivación.

Ejecutoriada esta providencia, archívese la actuación.

2º Dése informe a la Procuraduría Regional de Santa Marta sobre los hechos a que alude el punto quinto de la parte motiva, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ARTICULO 163 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PROCEDENCIA

No es procedente su aplicación cuando se invoca ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 76.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 26 de abril de 1983, dictó un auto en virtud del cual negó la cesación de procedimiento dentro de la actuación sumarial que se adelanta contra el doctor Libardo de Jesús Mora Medina por hechos que se le atribuyen en su calidad de Juez 19 Penal del Circuito de esta ciudad. Contra esta determinación interpuso recurso de apelación el sindicado.

Resultandos:

1º La Fiscal Séptima Penal del Circuito de Bogotá informó que el doctor Mora Medina, en su calidad de Juez 19 Penal del Circuito de Bogotá, señaló la hora de las dos de la tarde del 15 de junio de 1982, para la práctica de una diligencia de careo dentro del proceso adelantado contra Adonaí Feria González. Llegados el día y hora indicados se hicieron presente todos los citados, menos el juez quien no concurrió a la diligencia.

2º El doctor Libardo de Jesús Mora Medina manifestó que en su despacho se tramitaba un sumario contra Adonaí Feria González por el delito de abuso de confianza. A pesar de que podía haber comisionado para que un juzgado de instrucción practicara algunas diligencias, investigativas, decidió practicar directamente algunas de ellas, pese al conocido recargo de trabajo que tienen los juzgados del circuito de Bogotá. Para la fecha de la referida diligencia había sido reelegido para el cargo, motivo por el cual se dedicó a buscar la documentación indispensable para pedir su confirmación y concretamente ese día estuvo en las oficinas del DAS consiguiendo su certificado judicial, con el resultado de que cuando llegó al juzgado ya las personas citadas se habían marchado. Además, pocos días antes había cambiado de secre-

taria y por lo tanto, nadie le recordó sobre la diligencia que habría de verificarse, tal como lo acostumbraba el anterior secretario que llevaba una relación de las diligencias citadas y que no alcanzó a ser conocida por la nueva empleada.

3º El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en razonado concepto que precede, afirma que si bien es cierto que el aspecto objetivo de la infracción se halla acreditado, ya que evidentemente el doctor Mora Medina no estuvo en el juzgado para la fecha y hora en que debía cumplirse la diligencia de careo que él mismo había ordenado, no es menos cierto que también se halla comprobado la ausencia de dolo en su comportamiento. Si no hay dolo no hay culpabilidad, lo que significa que el sindicado no cometió hecho delictivo, de manera que es imperativo ordenar la cesación de procedimiento previa revocatoria del auto materia de la apelación.

Se considera:

En el caso que ahora se estudia nadie ha negado la falta de asistencia del funcionario sindicado a la práctica de una diligencia de careo por él mismo ordenada. Existen atendibles razones que permiten creer que el juez sindicado no procedió dolosamente; no obstante, en opinión de esta Sala, *no es procedente la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, cuando se invoca ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad.*

En efecto, dispone el citado artículo 163 que se deberá ordenar la cesación de todo procedimiento cuando aparezca plenamente comprobado que al hecho atribuido "...la ley no lo considera como infracción penal..." Síguese de la simple lectura de este aparte del texto legal, que la disposición procesal se refiere exclusivamente a los casos de ausencia de tipicidad, vale decir, cuando exista plena demostración de que la conducta investigada no aparece recogida por ninguna de las disposiciones que consagran comportamientos punibles.

No se trata, empero, de la limitada aplicación exegética del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que de suyo justificaría la tesis de la Sala, pues si se mira la finalidad de la investigación en particular y del proceso en general, llégase a idéntica conclusión. En efecto, la cesación de procedimiento puede disponerse en cualquier estado del proceso, porque las causales que dan lugar a su aplicación son de naturaleza objetiva; en cambio la presencia de causales de justificación o de inculpabilidad merecen una investigación y una clara concresión en la realidad probatoria, de modo que su reconocimiento sólo puede hacerse al calificar el mérito del sumario, como lo ordena expresamente el numeral 2º del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, o en la sentencia, que sólo podrá ser condenatoria cuando exista plena prueba de la infracción y de la responsabilidad.

Diversas son las cláusulas utilizadas por el artículo 163 y por el artículo 215 del Código Procesal Penal; aquél se refiere a la falta de consagración legislativa, éste a la plena prueba de la infracción, o "a contrario sensu" a la falta de ella para que la sentencia sea absolutoria, y es evidente que no hay hecho punible cuando falta alguno de sus elementos (art. 2º del C. P.).

Por lo anterior ha reiterado la Corte que "cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas de las señaladas en precedencia, como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal sino en el momento procesal de la calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de una de aquellas causales que impiden la delictuosidad de la conducta, habrá de proferirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el numeral 2º del artículo 491 del estatuto procesal" (Autos de junio 19, julio 8 y diciembre 9 de 1980 y septiembre 18 de 1982).

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elias Serrano Abadía, Dario Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1. DELITO COMPLEJO

(CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES)

Es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción. De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva

2. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

El delito se consuma con la falsificación y su uso, pero puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 78 de septiembre 13 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dictó sentencia en la causa adelantada contra *Jaime Gallego Cifuentes* a quien condenó a la pena de un año de prisión por el delito de estafa y lo absolvió por el delito de falsedad. Contra esta determinación interpuso el recurso de casación el señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali.

Concedido el recurso y presentada la demanda que se declaró ajustada a los requisitos formales previstos por la ley, procede la Sala a resolver.

Hechos:

El procesado Jaime Gallego Cifuentes acompañado de otro sujeto aún no identificado compró algunos bienes al señor Julio César Colorado. Para pagarlos giró un cheque por la suma de $ 20.850.oo a cargo del Banco de Colombia de El Cerrito (Valle), que firmó con el nombre de Diego Jaramillo, cheque que el banco no cubrió por cuanto correspondía a una chequera extraviada. Los hechos ocurrieron en Palmira el 21 de agosto de 1979.

Actuación procesal:

El Juez Tercero Municipal de Palmira inició la investigación por auto del 23 de agosto de 1979.

El citado despacho judicial recibió la indagatoria de Jaime Gallego Cifuentes, contra quien dictó auto de detención precautelativa el 29 de agosto de 1979, por el delito de estafa.

En el curso de la actuación procesal se suscitó colisión de competencias entre los Juzgados Primero Superior y Tercero Penal Municipal de Palmira. El primero de los funcionarios mencionados estimó que los hechos atribuidos al sindicado Gallego Cifuentes representaban la comisión de un delito de estafa, en tanto que el segundo consideró que el delito cometido era el de falsedad. El Tribunal Superior de Cali dirimió el conflicto en providencia del 29 de febrero de 1980, en la cual estimó que se había cometido un delito de falsedad y, por lo tanto, atribuyó el conocimiento del proceso al Juez Superior.

El Juzgado Primero Superior declaró cerrada la investigación el 24 de marzo de 1980. Ese mismo juzgado dictó auto de proceder contra Jaime Gallego Cifuentes por el delito de falsedad en documentos, en providencia del 2 de mayo de 1980.

Tramitada la causa y celebrada la diligencia de audiencia pública el 18 de junio de 1980, el juzgado del conocimiento dictó sentencia en la cual condenó al procesado a la pena de 24 meses de presidio, por el delito de falsedad que había dado lugar al enjuiciamiento.

Al conocer el Tribunal de la anterior decisión atendió la solicitud del señor Fiscal Quinto de la Corporación quien pidió la nulidad de lo actuado. En efecto, en providencia del 30 de septiembre de 1980, declaró la nulidad de la actuación a partir del auto de proceder por cuanto estimó que el procesado debía ser enjuiciado por los delitos de falsedad y estafa.

Con fundamento en la anterior determinación, el juzgado del conocimiento calificó de nuevo el sumario el 26 de noviembre de 1980; en ese auto dispuso abrir causa criminal contra Gallego por los delitos de falsedad y estafa.

Una vez verificada la audiencia pública el Juzgado Primero Superior de Palmira dictó la sentencia del 9 de marzo de 1981 en la cual condenó al procesado Gallego a la pena de 18 meses de prisión, por los delitos de falsedad y estafa.

El Tribunal de Cali confirmó la condena por el delito de estafa y la revocó en cuanto al delito de falsedad. El fundamento de esta determinación se concretó al siguiente párrafo:

"Tratándose de falsedad en títulos-valores (que constituía falsedad en documento público en la vigencia del anterior código pero que el nuevo estatuto califica como simple falsedad en documento privado) y cuando el documento falso se ha utilizado como medio engañoso para obtener un provecho, con perjuicio de otro, si el hecho se realizó bajo el imperio del Código derogado, se presenta el fenómeno jurídico del concurso aparente de normas que como reiteradamente lo ha expre-

sado la Sala, se resuelve dando aplicación al criterio de medio a fin, y, por lo tanto, subsumiendo la *falsedad* en la *estafa*, a diferencia de actos cumplidos con posterioridad al 29 de enero de 1981, pues en este caso si se trataría de un concurso efectivo de tipos, ideal o formal, dándose los dos delitos concursantes, mediante una misma acción realizados".

La demanda de casación:

El señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali acusa la sentencia que puso fin a este proceso con apoyo en la primera parte de la causal primera de casación. Estima que en el fallo recurrido se violó en forma directa la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 221 del Código Penal, y, por consiguiente, también dejaron de ser aplicados los artículos 26, 27, 28 y 61 del mismo ordenamiento, ya que el procesado es autor de un delito de falsedad en concurso con el punible de estafa.

Los delitos de falsedad y estafa tienen plena autonomía, lo mismo en la legislación derogada que en la vigente, pues en la anterior codificación la falsedad de instrumentos negociables se asimilaba a la cometida sobre documentos públicos de modo que su uso, cuando éste representaba vulneración de otro bien jurídico, daba lugar a la existencia de un concurso de delitos. Así mismo en el nuevo ordenamiento penal la falsedad de un documento privado es delito independiente que puede concurrir con otra infracción, especialmente en un caso como el que ahora se debate en el cual, además de la emisión de un cheque falso, el autor de la defraudación se hizo acompañar de otra persona, exhibió una cédula de ciudadanía, citó a personas que lo conocían como comerciante y además ostentó solvencia económica por cuanto se presentó en un vehículo automotor.

Critica el recurrente que el Tribunal haya estimado que la falsedad en títulos valores que en el nuevo código corresponde a una falsedad en documentos privados, como violación del artículo 240 de la derogada codificación, pues existía la especial disposición que esta conducta regulaba en el artículo 233 del Código Penal de 1936. Cosa diferente es que por razones de favorabilidad deba aplicarse el nuevo ordenamiento, pero en este caso debe así mismo reconocerse que el agente incurrió en los delitos de falsedad y estafa, en concurso. Como solamente se condenó por este último, dejó de ser aplicada la disposición que ahora tipifica la falsedad (art. 221) y aquellas que consagran el concurso de delitos y regulen su punibilidad (arts. 26, 27, 28 y 61 del vigente Código Penal). Pide, por lo tanto, que se case la sentencia del Tribunal y en su lugar se dicte la que deba reemplazarla.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, a pesar de que hace algunas breves consideraciones, se abstuvo de hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, en relación con demandas formuladas por el Fiscal.

Consideraciones de la Corte:

En atención a que los hechos que dieron lugar al juzgamiento del procesado Jaime Gallego Cifuentes ocurrieron dentro de la vigen-

cia del Código Penal de 1936 y deben ser juzgados a la luz de los preceptos de la nueva codificación, es necesario determinar la adecuación típica frente a cada uno de esos ordenamientos, para establecer la disposición que resulta aplicable.

Durante la vigencia del Código Penal de 1936 la falsedad en instrumentos negociables, ahora denominados títulos valores, estaba tipificada en el artículo 233. A pesar de que estos instrumentos son documentos privados se les dio una regulación específica, habida cuenta de su importancia en la vida comercial y de la presunción de autenticidad que les otorga el derecho privado; por ello para la estructuración del ilícito no se requería el uso de documento y, en caso de que se presentare, podía dar lugar a la comisión de delito diferente.

Por tal motivo la Corte en forma reiterada dijo: "El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Penal, se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luego de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, es indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que por ello se viole el principio *non bis in idem*, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad, y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio" (Cas. abril 26 de 1961 XCV, 621).

La calificación que se dio a los hechos a que se refiere este proceso fue acertada, pues la falsedad se estructuró con el fingimiento de una firma en un cheque y la estafa con la defraudación patrimonial cumplida con el uso de ese título en detrimento de los intereses del sujeto pasivo, para lo cual se acudió además al empleo de las maniobras engañosas puntualizadas por el señor agente del Ministerio Público.

A juicio de la Sala *dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del Decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecue a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian:*

a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con relación a la legislación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no sólo su estructura es diversa de la del código de-

rogado, sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma;

b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues realmente solo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada; tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo ésta sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiariedad.

La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del non bis in ídem *que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que* lex primaria derogat legi subsidiarias *que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.*

De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparace otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, numeral 3º del artículo 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, artículo 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del honorable Magistrado doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (G. J. CXXXIX, números 2346 a 2351, pág. 355);

c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240, 241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual artículo 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión "si lo usa" puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de esta figura delictiva hace el artículo 356 del nuevo ordenamiento.

El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso;

d) El artículo 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado sólo está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella es obvio el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascendentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad, y sólo el delito de falsedad, se consuma con el uso;

e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecúen y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos;

f) En el orden de la punibilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El artículo 221 del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el artículo 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contra-

sentido lógico de que para el delincuente que comete estos dos delitos, materialmente diferenciables, sólo le sería aplicable la pena menor;

g) Finalmente y para abundar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se da a la partida es el de medio engañoso para cometer estupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por la elemental razón de que el uso de documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad.

En el caso presente es incuestionable que se lesionó el bien jurídico de la fe pública en cuanto se atentó contra la capacidad probatoria de un título valor y, de otra parte, se menoscabó el patrimonio económico del sujeto pasivo del ilícito. De modo que, como por razones de favorabilidad era imperiosa la aplicación de las disposiciones de la legislación vigente en la actualidad, le asiste razón al impugnante pues si se cometieron los delitos de falsedad y estafa y sólo se condenó por este último dejaron de aplicarse las disposiciones que tipifican la falsedad en documento privado y aquellas que regulan el concurso de delitos.

El cargo prospera y, en consecuencia, se procede a dictar el fallo de instancia.

Tal como se dejó consignado en precedencia, Jaime Gallego Cifuentes fue llamado a responder en juicio criminal por los delitos de falsedad en documentos y estafa. La prueba que obra en el proceso permite afirmar que a más de típica su conducta es antijurídica, por cuanto sin justificación atendible violó tanto el interés jurídico de la fe pública como el del patrimonio económico, y que actuó dolosamente puesto que preordenó su conducta para defraudar los intereses patrimoniales de Julio César Colorado mediante la elaboración de un falso título valor.

En atención a que la prueba que obra en el expediente permite concluir que para el momento de la comisión de los delitos que ahora se juzgan, el procesado era imputable, se le deberán aplicar pena. Por razones de favorabilidad deberán imponérsele las contempladas en la legislación actualmente vigente pues como en el procesado Gallego Cifuentes sólo concurren circunstancias de atenuación punitiva, debe partirse del mínimo previsto para el más grave de los delitos en concurso y ese mínimo es de un año de prisión tanto para la falsedad en documento privado como para la estafa, la pena principal que en definitiva le corresponde pagar será la de dieciocho meses de prisión y multa de dos mil pesos (arts. 221, 356, 26 y 61 del C. P.).

Así mismo se condenará a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal y al pago en abstracto, de los perjuicios morales y materiales causados con el delito.

No hay lugar a la concesión de la condena de ejecución condicional por cuanto el condenado purgó efectivamente la totalidad de la pena impuesta.

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

Resuelve:

1º *Casar la sentencia impugnada.*

2º En consecuencia, condénase a Jaime Gallego Cifuentes, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de dieciocho (18) meses de prisión y multa de dos mil pesos ($ 2.000.oo) por los delitos de falsedad y estafa, cometidos en perjuicio de los intereses de Julio César Colorado, en circunstancias de que dan cuenta los autos.

Así mismo condénase al procesado Jaime Gallego Cifuentes a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal y al pago, en abstracto, de los perjuicios morales y materiales causados con los hechos punibles.

El juez del conocimiento dará los correspondientes informes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Con salvamento de voto; *Alvaro Luna Gómez,* Con salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria,* Con salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Simplemente deseo insistir, pues la motivación la he presentado en ocasiones anteriores en asocio del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, en la opinión de negar a la justicia penal militar competencia para juzgar a los civiles, y, a los militares, entendiendo por éstos a los integrantes del ejército, marina o fuerza aérea, cuando su actividad delictiva no compromete su función oficial. La tesis de la mayoría es distinta y me merece respeto, pero sí debo consignar este motivo de discrepancia.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

DEFENSA

Debe recordarse que defender no es una labor simple, que muchas veces la actividad y tenacidad en pedir y alegar son necesarias, sin embargo hay casos en que la pasividad y el silencio son medios que pueden resultar a la postre efectivos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 82.

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia del *Tribunal Superior Militar* proferida el 14 de junio de 1982, por medio de la cual confirmó la dictada por el presidente del *Consejo de Guerra Verbal* el 3 de julio de 1981 que condenó a *Leonardo Cuéllar y otros,* a aquél por los *delitos de secuestro extorsivo y violencia carnal,* modificándole únicamente la pena impuesta de 24 años de prisión para dejarla en 20 de la misma calidad, ilícitos cometidos en perjuicio de la menor Edna Patricia Silva Medina.

Hechos:

Los sintetiza el Ministerio Público de la siguiente manera:

"...Da cuenta el informativo que la menor Edna Patricia Silva Medina, quien para el 14 de noviembre de 1978 contaba doce años y diez meses de edad, fue privada de la libertad en esa fecha por varios individuos en el momento en que pretendía entrar al colegio 'El Buen Consejo' donde estudiaba, ubicado en la calle 105 con carrera 17 de esta ciudad. La menor permaneció en manos de sus captores hasta el 24 de abril de 1979, día en que fue liberada previo pago por sus padres de la suma de US500.000..."

La demanda:

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior Militar "...porque fue dictada en un juicio viciado de nulidad (constitucional), por haberse violado el artículo 26 de la Carta Fundamental, ya que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, pues, la defensa

(material u objetiva y la formal, subjetiva o técnica) fue totalmente pasiva en el sumario (donde además, negaron pruebas, la ampliación de indagatoria necesaria ante el cargo de última hora, de violencia carnal), inadecuada en la causa (la cual comienza con la formulación de los cuestionarios) e inerte y silenciosa en la segunda instancia, donde el defensor fue infiel a sus deberes, con violación ostensible del derecho de defensa..."

A título de demostración del cargo señala:

1. Que en la investigación el procesado tuvo como apoderado de oficio al Subteniente José Antonio Jácome "...quien fue un convidado de piedra pues, observó una pasividad total..."

2. Que en el Consejo de Guerra, tuvo como apoderado de oficio al Teniente Luis Conrado León, inicialmente y posteriormente al Mayor Diego Anzola Vásquez, oficial este último que actuó "...al parecer, según su leal saber y entender, o sea, de una manera desastrosa para los intereses de su defendido..." ya que no pidió pruebas ni hizo pedimento alguno, permitió que se le formulara un nuevo cargo como el de violencia carnal frente al cual no exigió una real indagatoria sino que autorizó con su presencia una ampliación no decretada en la que interrogó quien no podía hacerlo, el Asesor Jurídico.

3. Que le negaron a su cliente una ampliación de indagatoria y a su apoderado un careo fundamental.

4. Para rematar afirma que el defensor Mayor Anzola Vásquez hizo una insólita, lacónica, ilógica y confusa intervención oral en el Consejo de Guerra con violación total del derecho de defensa, y que se desentendió en forma absoluta de la segunda instancia, pues allí observó un "silencio sepulcral".

Es así como pide que se anule el proceso, pero sin señalar desde qué punto en adelante.

El Ministerio Público:

Al solicitar que no se case la sentencia porque no encuentra nulidad alguna hace las siguientes consideraciones:

1. *A la investigación penal.* Cuenta como Leonardo Cuéllar se encontraba privado de libertad por un delito de robo a órdenes del Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Bogotá, cuando fue indagatoriado por este proceso, diligencia en la cual tuvo como apoderado de oficio al Subteniente José Antonio Jácome.

En reconocimiento en fila de personas por parte de la ofendida Edna Patricia Silva, estuvo asistido por el doctor Luis Alfonso Torres, como apoderado de oficio.

Cuando se le dictó auto de detención apeló, pero el mismo Leonardo Cuéllar desistió de inmediato.

Advierte que el funcionario de instrucción decretó y practicó pruebas tendientes a demostrar la coartada de Cuéllar quien afirmó

antes de su confesión definitiva haber estado en Europa cuando los delitos se cometieron.

Concluye que si bien el Subteniente Jácome no solicitó pruebas, su aparente inercia la suplió el propio investigador.

2. *Al Consejo Verbal de Guerra.* Observa que para esta etapa se le nombró a Cuéllar como defensor de oficio al Mayor Diego Anzola Vásquez y expresa:

"...No es rigurosamente cierto, como se afirma en el libelo de casación, que el defensor de oficio estuvo inactivo durante el acto público. Interrogó al padre de la menor señor Julio Silva... y a José Hernando Rodríguez quien acompañaba a Edna Patricia en el momento del secuestro... y dejó constancia en el interrogatorio a que fue sometida la víctima de los delitos aquí investigados..."

Respecto del cargo de violencia carnal en la menor Edna Patricia Silva, afirma el Procurador, que tuvo pleno conocimiento pues fue sometido a indagatoria con asistencia de su apoderado el Mayor Anzola Vásquez, quien, de otra parte, solicitó que se ampliara a su defendido aquella indagatoria, petición que le fue negada.

Posteriormente, también le fue negado al defensor de oficio un careo entre Cuéllar y la menor ofendida.

Por último, el Mayor Anzola Vásquez intervino para manifestar su sorpresa por la confesión de su defendido de haber cometido secuestro, para desvirtuar la sindicación de violencia carnal y pedir su absolución por este delito.

3. *La segunda instancia.* Reconoce que el defensor no solicitó pruebas ante el Tribunal Militar, pero advierte:

"...No es suficiente invocar el silencio del defensor de oficio en relación con esta actuación pues la jurisprudencia enseña que el demandante en casación está obligado a señalar en forma concreta, cuáles las pruebas a practicar para en esta forma demostrar el menoscabo del interés jurídico que representa..."

En cuanto a que tampoco alegó anota:

"...mas sin embargo, el juzgador de segundo grado revisó la actuación, estuvo conforme con las decisiones de los vocales y rebajó la pena impuesta a Cuéllar en cuatro años..."

La Corte considera:

La demanda la encontró la Corte ajustada a derecho desde el punto de vista formal y la encuentra ahora sin errores ostensibles de técnica o de fondo. Sólo que no está llamada a prosperar, pues como lo destaca el Procurador, los hechos que se señalan constitutivos de nulidad supralegal (art. 26 de la C. N.) no tienen ese alcance porque son simples irregularidades, o bien, porque no representan falta de defensa.

En la investigación Leonardo Cuéllar estuvo representado por el Subteniente José Antonio Jácome y en una sola diligencia —reconocimiento en fila de personas— por el doctor Luis Alfonso Torres, no estuvo desamparado.

Al atender a Cuéllar en indagatoria su apoderado de oficio José Antonio Jácome conoció su coartada y no solicitó pruebas porque, obviamente, el juzgado instructor tenía que decretar las necesarias para confirmarla o desmentirla. Y, cuando estas resultaron adversas no tuvo nada que hacer. La fuerza de los hechos lo desarmó.

En el Consejo Verbal de Guerra fue defendido por el Mayor Diego Anzola Vásquez quien no permaneció inactivo, por el contrario, interrogó al padre de la ofendida Julio Silva y al testigo de cargo José Hernando Rodríguez; dejó constancias en el interrogatorio de la menor; asistió a Cuéllar en indagatoria ante el Consejo; solicitó ampliación de ella y careo con la presunta víctima; y, finalmente, hizo su intervención oral pidiendo su absolución por el cargo de violencia carnal.

No solicitó absolución por el delito de secuestro, porque la coartada de su representado había resultado fallida y porque, ante lo inevitable, éste había confesado su coparticipación en ese ilícito. Esa realidad condicionó su defensa, como era lógico.

En la segunda instancia es cierto que guardó un "silencio sepulcral", pues no pidió pruebas ni alegó. Pero, qué pruebas dejó de pedir en esa oportunidad? No las indica el actor. Y, qué otras razones debió de esgrimir ante el Tribunal Militar? Tampoco las precisa el demandante.

En esas condiciones, no hay manera de conformar un juicio sobre la urgencia que había de practicar otras pruebas ni sobre la necesidad que se tenía de proponer otros argumentos a favor del recurrente para excitar al juzgador de segunda instancia.

De todas maneras *debe recordarse que defender no es una labor simple, que muchas veces la actividad y tenacidad en pedir y alegar son necesarias y que, por el contrario, la pasividad y el silencio son modos que pueden resultar a la postre efectivos. Sin embargo, lo que no puede olvidarse es que al asumir el defensor una de estas conductas extremas lo debe hacer por fuerza de las circunstancias y no por mero capricho o por desidia. En pocas palabras: El hecho y su problemática son los factores que, en cada caso, determinan la defensa penal. Esto significa que sobre ella pueden formarse equívocos o criterios contrapuestos y que la única manera de despejarlos es metiéndose en el proceso para saber si la hubo, si no la ejercitaron, o si la ejercieron de manera aparente.*

Las actitudes de los apoderados de oficio y del defensor de Leonardo Cuéllar que han sido cuestionadas y que se demostraron, encuentran amplia explicación y, por lo tanto, se justifican como modos de actuar suficientes para su defensa. Las que sólo se enunciaron, pero no fueron demostradas, quedaron en el terreno de las suposiciones.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada el 14 de junio de 1982 por el Tribunal Superior Militar en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Servio Tulio Ruiz, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Salvedad de voto; *Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INJURIA Y CALUMNIA

La injuria consiste en hacer imputaciones deshonrosas a otras personas. La calumnia consiste en imputar falsamente un hecho punible

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 82.

Corresponde decidir si es el caso abrir investigación penal contra el doctor *Rodolfo González García,* en su calidad de Contralor General de la Nación por los presuntos delitos de injuria y calumnia.

Hechos:

Veintitrés personas que afirman haber sido empleadas de la Contraloría General de la Nación, han denunciado al actual jefe de aquella entidad, doctor Rodolfo González García por estimar que el funcionario, en la página 8A de "El Heraldo", edición del 29 de noviembre de 1982, lanzó en forma indiscriminada calificativos en su contra que constituyen, según estas, delitos de injuria y calumnia. Doce ratificaron, legalmente la querella.

Las expresiones que juzgan delictivas, son, entre otras:

a) "El Presidente Betancur decía que buena parte de su victoria electoral, basado en una encuesta realizada en Bogotá y Medellín, se debía a la opinión contraria de la mayoría colombiana alrededor de la Contraloría y sus funcionarios. Superar ese bache desfavorable, presupone, sacudir todo el andamiaje burocrático de la institución. Separar a todos aquellos funcionarios que sean hallados corruptos o como lo hemos impuesto nosotros a través de una veeduría, hacerlo extensivo a todos aquellos funcionarios de quienes se sospeche que infringen la ley. Creo que es bueno decirle al país que se han separado más de 1.500 funcionarios de la Contraloría".

"Si ustedes miran cuál es el inventario de la jurisprudencia nuestra, ven dramáticamente que hoy no es posible separar a un funcionario mediante la diplomática solicitud de la carta de renuncia, porque

este solo hecho es considerado como una coacción insuperable de parte del jefe hacia el subalterno".

"Hemos puesto en vigencia una política que declara insubsistente al funcionario porque lo consideremos sospechoso".

"Yo he dicho al país que no basta con retocar incisos y artículos de nuestra legislación, porque en realidad las leyes no delinquen, los que delinquen son los seres humanos. Fundamentalmente estamos llevando a cabo una política de saneamiento dentro de la nómina de la Contraloría. Para esto pedimos la contribución ciudadana. Que es muy fácil porque a través de la veeduría se puede actuar sin estridencias pero con eficacia. Yo me he comprometido de que la sola insinuación por parte de los tres ilustres colombianos que cumplen este oficio es suficiente referencia para que actuemos en desfavor de esos funcionarios señalados como deshonestos";

b) En aquellas declaraciones toca el Contralor muchos aspectos de la burocracia colombiana: Su gigantismo, ineptitud e ineficacia, deficiente atención al público, una tácita solidaridad, la desconfianza de la ciudadanía y la ausencia de estímulos para que aquella ciudadanía denuncie al empleado deshonesto;

c) Se refiere al tema que denomina la carrera del capitalismo financiero que golpea la firmeza de la moneda y por ende la economía doméstica, produciendo descompensación en los salarios de los empleados del Estado, supuesto que incentiva la conducta inmoral y eventualmente delictiva en los empleados, si se tiene en cuenta que "hay un límite en la actitud moral de los ciudadanos, y en ellos se incluye a los funcionarios públicos".

No le son ajenos en el reportaje los temas de la producción y exportación de cocaína de Colombia hacia otros países; y, propende porque se reduzca la nómina burocrática en la Contraloría, al considerar que es excesiva y por tal manera, la planta necesaria puede recibir mejor salario.

Plantea lo que estima una maraña dentro de las normas legales y por tanto la complejidad de los trámites, lo que contribuye a la solidaridad dentro de la burocracia. Colombia, dice, atraviesa por una seria crisis moral, por lo cual el problema de la inmoralidad no puede ubicarse solamente en la planta de empleados de la Contraloría sino en todo el cuerpo del Estado. Mucho menos puede alinderarse ese aspecto en forma regional en orden a que su programa apunte a combatir los problemas de la burocracia, clasificándola por regiones.

Opina que de la participación del Estado colombiano en el producto interno bruto, a través de compras y contratos, calculada en unos 200 mil millones, puede deducirse, luego de un serio análisis que aproximadamente 50.000.000.000.oo se escurren en comisiones dolosas.

Se considera:

1º La calidad de Contralor General de la Nación del querellado se halla demostrada de acuerdo con la ley.

2º Del reportaje se han transcrito los apartes estimados por quie-

nes se consideran perjudicados, como los contentivos de los delitos de injuria y calumnia.

3º Las opiniones lanzadas por el Contralor González García, unas han de considerarse como integrantes de su programa de funcionario recientemente elegido y posesionado y otras como tales, es decir, simplemente opiniones. De unas y otras no se deducen imputaciones deshonrosas contra las doce personas que ratificaron la querella, y mucho menos la imputación falsa de un hecho punible respecto de alguno, algunos o todos los ratificados porque no menciona a ninguno de estos por su nombre o cargo por el cual pudiera hacerse una identificación. Es evidente que tanto los apartes destacados como el cuerpo total de las declaraciones corresponden o a parte de su anunciado programa de fiscalizador o a conceptos críticos de un comportamiento censurado de la burocracia colombiana, auscultando a su manera, algunas de sus causas y proponiendo soluciones, declaraciones que podrán ser o no compartidas y generar susceptibilidades, malestar e incomodidad a determinadas personas, sectores de la burocracia o de opinión pero nunca constituir delito.

a) *DELITO DE INJURIA. Legalmente consiste en hacer imputaciones deshonrosas a otra persona. Lo deshonroso significa "dañar o menoscabar"; "atribuir falsa y maliciosamente a alguno, palabras, actos o intenciones deshonrosas" (Diccionario de la Real Academia Española).*

Para que el delito es preciso que sean determinados tanto la persona como el acto deshonroso. Así lo entendió el Código de Hammurabi: "Si alguien levanta el dedo (20) contra una sacerdotisa o contra la mujer ajena y no justifica su acto, será llevado ante los jueces y se le marcará la frente" (art. 127).

En el Fuero Juzgo Libro de los Jueces tuvo igual alcance:

"Si algún omne dice a otro circuncido, o sennalado, eno lo fuere, el qui lo denostó reciba C. é L. azotes antel iuez".

"Quien lama á otro corcobado, é non lo es, el qui lo denostó reciba C. é L. azotes antel iuez" (Título III, de los denvestos y de las palabras Ydiosas).

La tradición legislativa en Colombia siempre ha exigido que sean determinados no solamente la persona sino el hecho, valga decir, que a persona conocida o fácilmente identificable se le impute el hecho deshonroso. Y en virtud del Decreto 100 de 1980 se precisó con más propiedad la estructura del delito, aunque ha de reconocerse que la expresión "imputaciones deshonrosas" no corresponde a una de evidente objetividad, al permitir que una persona censurada, por ejemplo en su gestión de funcionario público, subjetivamente se considere víctima de esa clase de imputación, aunque una significativa mayoría de la colectividad la apruebe. Se hace menester fijar las condiciones en las cuales pueda, independientemente del concepto particular y de la supuesta lesión de la propia estima, darse el delito.

La libre crítica, sea por ciudadanos con o sin empleo, censurando en forma global los reales o presuntos vicios o inmoralidades de algún

sector de la burocracia o de toda ella, presentando sus causas y posibles soluciones, describe el inalienable e irrenunciable derecho a opinar de todo ciudadano colombiano.

Desde el siglo pasado la Corte ha sostenido este criterio y en tal virtud ha dicho:

"Si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio, pero que no envuelve la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo de la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al Código Penal, habría que suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo cual es inadmisible; eso sería privar a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia; todas esas ofensas, mortificaciones a que el hombre está sujeto en la vida civil, salen del dominio del Código Penal para caer en el de la opinión" (Autos 7 y 29 de marzo de 1894, IX, 240 y 272).

Para que el delito de injuria se estructure se requiere:

1. Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonroso.

2. Que el imputador tenga conocimiento del carácter deshonroso de ese hecho.

3. Que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona.

4. Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona.

En el caso sometido a estudio, ninguno de los precedentes requisitos se dan, de lo cual se desprende que no resultan atendibles los reclamos, por vía penal. La Corte no abrirá investigación por este cargo;

b) *DELITO DE CALUMNIA. Legalmente consiste en imputar falsamente a otro un hecho punible. Académicamente, "acusación falsa, hecha maliciosamente para causar daño"; "imputación falsa de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio".*

El estatuto represor actual tipificó en forma concreta su naturaleza, dejando de lado las peligrosas ambigüedades. De su descripción legal se colige que los elementos que estructuran este delito, son:

1. La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable.

2. Que el hecho delictuoso atribuido sea falso.

3. Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad.

4. Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación.

En la intervención del Contralor no se encuentra ninguno de estos elementos por lo cual es procedente afirmar que los hechos no son constitutivos del delito de calumnia.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación penal respecto del Contralor General de la Nación con fundamento en la querella que dio origen a este estudio, doctor Rodolfo González García.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario de la Sala.



NULIDAD

Hay nulidad cuando se vulneran los principios rectores del proceso, pues esa es la esencia y el contenido de las causales taxativamente contempladas en la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Servio Tulio Ruiz.*

Aprobado: Acta número 82.

Vistos:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del señor *Fabio Silva Rojas*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 22 de septiembre de 1982, mediante la cual se le condenó a la pena principal de diez años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de homicidio en la persona del señor Oscar de la Cruz Rodríguez.

Hechos:

El día 1º de marzo de 1981, el señor Fabio Silva Rojas dio de puñaladas al señor Oscar de la Cruz Rodríguez, ocasionándole la muerte. El hecho ocurrió en la calle 23 número 42B-35 de Cali, en presencia de numerosas personas.

Actuación procesal:

Originó la investigación penal el informe policivo que da cuenta de la captura de Fabio Silva Rojas, quien se presentó voluntariamente para la medida y la diligencia de levantamiento del cadáver de Oscar de la Cruz Rodríguez, practicada por el Comisario Quinto Sur de Cali, en el Hospital de San Juan de Dios de esa ciudad. La muerte ocurrió a consecuencia de lesiones producidas por arma cortopunzante localizadas en el antebrazo derecho y en la parte superior de la clavícula derecha.

Correspondió la investigación del hecho, al Juez 6º de Instrucción Criminal de Cali y fue vinculado al proceso Fabio Silva Rojas, mediante indagatoria y auto de detención. El funcionario del conocimiento, que lo fue la Juez 8ª Superior de esa ciudad, llamó a responder en juicio

criminal por homicidio al mencionado Silva Rojas y ese mismo juzgado, cumplida la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, que emitió veredicto afirmativo de responsabilidad, el 2 de agosto de 1982 profirió sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali el 22 de septiembre del mismo año.

Demanda de casación:

Con apoyo en la causal cuarta, el recurrente presenta cuatro cargos, dos fundamentados en el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal y los otros relacionados con nulidad constitucional, así:

Nulidad legal:

Primer cargo: Error relativo a la denominación jurídica de la infracción, lo cual constituye nulidad al tenor del artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que en el auto de proceder, parte resolutiva, se indicó el Libro 2º, Título XII referido al delito de homicidio, siendo que ese hecho punible está contemplado en el Título XIII.

Para sustentar el cargo, afirma el recurrente que "el hecho de que se incurra en error al "ubicar el hecho criminoso dentro del título o capítulo ajeno al que realmente corresponde en el estatuto represor" constituye nulidad legal absoluta (sustancial) porque es a partir de la calificación genérica desde donde empiezan a visualizarse las modalidades, las circunstancias favorables al procesado, las circunstancias que agravan el hecho punible, hasta llegar al tipo penal concreto que permite al juzgador aplicar el artículo o artículos en los que subsume su conducta el procesado. No es irrelevante o simple error de máquina sin trascendencia el error que a ustedes denuncio y que fuera cometido por el juzgado de conocimiento, prohijado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y que ahora constituye el primer cargo contra la sentencia recurrida. No lo es porque mirado *in profundis* las formalidades estipuladas en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal constituyen garantías invulnerables, desarrollos de principios fundamentales del derecho que tiene el procesado a saber en concreto en qué consiste el pliego de cargos que se le hace, qué infracción se le imputa y, en consecuencia, qué procedimientos serán aplicados en su juzgamiento. El ilustrado criterio de ustedes, honorables Magistrados, coincidirá en que estos principios no son de poca monta en un estado de derecho, como el nuestro. Si ello no fuera así carecería de sentido el artículo 210 y, específicamente, su numeral 5º.

Segundo cargo: Error relativo a la identidad del procesado (nombre o apellido del responsable), lo cual constituye nulidad conforme al artículo antes mencionado, por cuanto que en el auto de proceder se indica como documento de identidad de Fabio Silva Rojas la cédula de ciudadanía número 16.678.087 de Cali, siendo que este número identifica a otro ciudadano, el señor Miguel Ramos Borras. "Concurre en socorro de mi petición, dice el demandante, el hecho de que dentro del proceso penal debe existir concordancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. Por ello la ley procedimental es más exi-

gente respecto al sujeto pasivo de la acción penal: 1º Su identidad e individualidad han de corresponder al mismo sujeto en la parte resolutiva del auto de proceder; 2º La identidad e individualidad del procesado han de corresponder al mismo sujeto que se menciona en el cuestionario que es sometido al jurado para efectos del veredicto y, 3º La identidad e individualidad han de corresponder al mismo sujeto en la parte resolutiva de la sentencia. Y en los tres momentos procesales, considerados como unidad, la identidad e individualidad han de corresponder a un mismo sujeto, si así no ocurriere no puede hablarse de una simple irregularidad irrelevante, sino de un vicio de nulidad legal absoluta o sustancial que es lo que ha ocurrido en el presente caso, aunque el *a quo* para tratar de enmendar el error (que por demás reconoce) haya eliminado la cita de la cédula de ciudadanía en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y el *ad quem* haya aclarado en la parte resolutiva de la sentencia de 2ª instancia (objeto de esta demanda) que la cédula de ciudadanía 16.678.087 expedida en Cali, no pertenece a Fabio Silva Rojas".

Nulidad constitucional:

Primer cargo: Inobservancia de las formas propias del juicio (debido proceso), porque en la diligencia de inspección judicial se tomó un documento fílmico de esta diligencia, cuya proyección fue negada en la audiencia pública, con el argumento de no existir elementos técnicos para ello. Sustenta el cargo diciendo que "el hecho de que no se haya exhibido la prueba ya referida desdibuja en forma esencial el procedimiento del debido proceso que ha de adelantarse dentro de un estado de derecho. Para eliminar la superada práctica de las pruebas secretas o reservadas o no exhibidas dentro del juicio, la ley instituyó el principio de que durante el juicio no habrá reserva en las pruebas y así lo ordena el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal. También esta norma fue infringida por la decisión del juzgado que presidió la audiencia dentro de la cual fue juzgado Fabio Silva Rojas, lo cual permite afirmar como lo vengo sosteniendo que no hubo observancia plena de las formas propias del juicio dentro del cual fue juzgado mi mandante y que por lo tanto dicho juicio está viciado de nulidad, tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones fundadas en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo: Violación del derecho de defensa (debido proceso), porque al reingresar la juez al recinto donde celebraba la audiencia no hubo una reinstalación ordenada, porque no dejó transcurrir el menor tiempo posible entre la lectura del veredicto y el instante en que abandonó el recinto y porque no declaró la terminación de la audiencia. Para sustentar el cargo, el demandante sostiene "que la ley no ordena al juez hacer una reinstalación del despacho para solicitar o recibir el veredicto del jurado; es verdad, igualmente, que no dice qué tiempo ha de dejar transcurrir entre la lectura del veredicto y su retiro de la Sala donde haya presidido la audiencia, y es verdad, igualmente que no le obliga con fórmulas sacramentales a declarar terminada la audiencia. Sin embargo, observemos que tales circunstancias afectan el derecho de defensa del procesado quien debe tener siquiera la posibilidad de solicitar *una aclaración del veredicto*, aclaración que

en el caso *sub exámine* le fue impedida por la forma abrupta, informal y desusada como la juez abandonó la Sala donde se verificó la audiencia".

Concepto del Ministerio Fiscal:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, dentro del traslado de rigor, luego de un análisis juicioso de los cargos, solicita rechazar la demanda.

En cuanto al primer cargo, relativo a nulidad legal, el señor agente fiscal sostiene que la simple errata sobre el título del delito, irregularidad en que se apoya la acusación de la sentencia, carece de significación para el encausado, "pues fue juzgado con la observancia del procedimiento aplicable y disfrutó de todas las garantías que otorgan la Constitución y la ley.

De otro lado, respecto de la equivocación sobre el número de la cédula de ciudadanía de Rojas Silva, después de un amplio y severo análisis del cargo, refiriéndose a la distinción jurisprudencial entre los conceptos de individualización o identidad e identificación, el funcionario fiscal solicita se rechace el cargo, porque se trata de una inocua irregularidad sin mayor importancia.

Respecto de las nulidades de tipo constitucional, el señor Procurador sostiene en su estudio que los dos cargos formulados deben desestimarse. En efecto, en cuanto al primero de este orden, referido al hecho de no haberse proyectado en la audiencia pública el filme que recogía tal diligencia, por carencia absoluta de medios técnicos, considera que la garantía del debido proceso permaneció incólume ante la negativa del juzgado a exhibir dicho filme, "pues tal como el mismo profesional lo anota, este medio de prueba era complementario, no era prueba nueva, desconocida en el proceso para las partes ni para el Ministerio Público; y como en verdad su exhibición en el momento en que fue pedida era imposible por falta de elementos técnicos para hacerlo, el acta que recogía las incidencias de la diligencia habría servido para ilustrar a los miembros del jurado de manera suficiente en cuanto a la tesis de legítima defensa que mencionó al final de su segunda intervención pero que no entró a demostrar, pues prefirió rebatir la opinión del fiscal para en definitiva proponer una respuesta absolutoria por falta de pruebas. Es decir, el abogado tuvo a su alcance y en pro de su cliente un medio de prueba eficaz, no tachado por vicios de forma o de fondo y en condiciones de ser conocido por el *juri*: El acta que describía las acciones filmadas; si no lo utilizó filmando su lectura en vez de acudir al expediente de demandar la injusta suspensión de la diligencia, es un acto no atribuible al juzgado ni generador de nulidad, porque en el proceso militaba abundante y seria prueba de la responsabilidad del acusado, que el jurado de conciencia tuvo ocasión de apreciar y valorar. Además es obvio nada le impedía alegar y fundamentar cualquier otra opción favorecedora".

Finalmente, al examinar el último cargo de nulidad constitucional, el señor Procurador Delegado concluye que en la audiencia pública

no se conculcó en absoluto el derecho de defensa del acusado, al dar por terminada tal diligencia en el preciso momento en que debía finalizar y nada había que agregar, porque nadie lo solicitó.

Considerandos:

Respecto de las nulidades de tipo procesal o legal, invocadas por el recurrente, la Sala considera:

Primer cargo: Es cierto que el Juzgado 8º Superior de Cali, al proferir el auto de llamamiento a juicio en contra de Fabio Silva Rojas, citó equivocadamente el Título XII del Código Penal que corresponde a los delitos contra la integridad moral, en cambio de citar el Título XIII que era el correcto y al cual se había referido en todo el contexto de la providencia. Pero también es cierto que en esa parte resolutiva, con suma claridad indicó de manera genérica que el delito motivo de la vocación a juicio era el de homicidio, con lo cual se determinaba con precisión y nitidez sin posibilidad de duda, el hecho punible materia del cargo que correspondía como conclusión lógica y diáfana al análisis de prueba y a las consideraciones de la motivación de ese auto de proceder. Es de anotar que el *nomen juris* del delito imputado se repite dos veces en esa parte resolutiva de la referida providencia y además se dice claramente cuál es el sujeto pasivo del hecho, pues a Fabio Silva Rojas se le ordena comparecer en juicio y se le abre causa criminal por el "homicidio en la persona de quien en vida respondía al nombre de Oscar de la Cruz Rodríguez".

Es sabido que la actividad procesal, desarrollada a través de actos procesales, está sujeta a exigencias formales, prescripciones, directrices y reglas de conducta, de modo tiempo y lugar, indicativas de la manera de conducir el proceso y relativas a la actividad de las personas que intervienen en *él, de riguroso cumplimiento, a fin de alcanzar debidamente el objetivo propuesto, cual es el de aplicar en definitiva el derecho material o sustancial al caso concreto. Pero esta actividad ha podido no estar libre de defectos o se ha desarrollado en forma irregular o imperfecta, como corresponde a todo actuar y a toda obra en que interviene el hombre, en donde es susceptible el error, la discordancia, el olvido, la desatención o la voluntad negativa de aplicar las formas o las reglas que dan vida y nutren al proceso. En estos casos, tales irregularidades o vicios, que son incompatibles con la debida protección de los derechos de las partes y que se oponen a los altos fines de la justicia punitiva, conducen a la invalidez o nulidad del acto irregular, imperfecto o viciado, la cual, la nulidad, puede afectar el proceso en su conjunto o puede presentarse como contagiosa, comunicable y sucesiva, en el sentido de que afecte e inside sobre la ulterior legalidad en la formación del proceso. En efecto, la nulidad como sanción que es por la inobservancia de la forma o regla para la construcción del proceso, puede comportar la ineficacia total de los actos procesales en conjunto o de los actos ulteriores a partir del momento en que se originó.*

Pero es entendido que no toda violación, irregularidad o defecto en la actividad procesal o en la formación del proceso produce la sanción de nulidad, puesto que para que tal resultado se produzca

es menester que se halle prevista taxativamente como tal en la ley, razón por la cual no queda al arbitrio del juez denunciar o aprobar una denuncia de invalidez de un acto procesal, a título de nulidad, por inobservancia de reglas o irregularidades en su formación. En consecuencia, no le es posible al juez deducir causales de nulidad por deducción analógica o comparación con ley extrapenal o determinar o decidir por sí y ante sí que un descuido o desatención en la forma de impulsar el proceso, sin contenido fundamental en cuanto a su esencia y a los fines que le son propios, constituya motivo para declarar la ineficacia jurídica de los actos procesales en su conjunto o un acto procesal en particular.

Hay nulidad cuando se vulneran los principios rectores del proceso, pues esa es la esencia y el contenido de las causales taxativamente contempladas en la ley. En efecto, la sanción de nulidad, en los casos que recogen los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, permite invalidar los actos procesales cuando se han desconocido tales principios fundamentales, como el derecho de defensa, el debido proceso, la igualdad de las partes, el principio de publicidad, contradicción y otros más. Estos son los supuestos básicos y cardinales que nutren el juzgamiento en nuestro país. Por ello no sería desacertado afirmar que las nulidades que se han denominado legales o procesales tienen una íntima conexión, un origen indudable y lógico y son sencillamente armónicas con aquellas que la jurisprudencia ha denominado constitucionales, todas dependientemente originarias del artículo 26 de la Carta, en donde se postula la exigencia ineludible según la cual toda persona debe ser juzgada conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, por tribunal legalmente competente, con la observancia de las formas de cada juicio y la aplicación de la ley permisiva. Este es el principio de legalidad, en sus múltiples aspectos, que debe regir ineludiblemente el proceso penal, vale decir, legalidad del delito, de la pena, del proceso y del juez.

Sentados estos postulados, corresponde a la Sala precisar si el error al señalar el título indicativo del delito de homicidio, habiéndose dicho clara y reiteradamente en la parte resolutiva del auto de proceder en comento, que el hecho punible era el de homicidio, en concordancia con la parte motiva de ese proveído y estableciéndose nítidamente allí que se trataba de la muerte ilícita del señor Oscar de la Cruz Rodríguez, sea motivo de nulidad y si tal motivo exige necesariamente decretar la ineficacia jurídica de esa providencia y de los actos procesales subsiguientes. Indudablemente la respuesta debe ser negativa.

En efecto, para que se configure la causal de nulidad antes mencionada, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, consagrada en el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, es necesario, como lo ha sostenido esta Sala en reiterados fallos, que los hechos materia de la investigación y la prueba aportada al proceso demuestren que se ha realizado determinado hecho punible con su respectiva denominación y sin embargo proceda el juez a imputar otro al procesado en abierta oposición al material probatorio allegado y el análisis cumplido en la motivación de la providencia.

No ha sucedido así en el caso de estudio. En efecto, en la parte motiva del auto de proceder en cuestión se adelanta un análisis exhaustivo de las pruebas a cargo de Fabio Silva Rojas por la muerte violenta ocasionada a Oscar de la Cruz Rodríguez, cuyo deceso está plenamente demostrado y se señala en dicha parte que se trata de un homicidio y se citan correctamente las disposiciones legales violadas. En la parte resolutiva se hace lo mismo, como consecuencia lógica del análisis del proceso. Allí se dice que el procesado debe responder por homicidio que es la denominación del hecho punible imputado, del cual se habla en dos ocasiones con la señalación expresa del objeto sobre el cual recayó la conducta del procesado y el sujeto pasivo de tal infracción a la ley penal. Entonces, no hay duda que al hecho imputado a Silva se le dio la denominación jurídica que trae el Código Penal y que corresponde a las pruebas del proceso y que además motivó la controversia a lo largo del plenario, del debate probatorio allí consagrado, de la audiencia pública efectuada, de los cuestionarios propuestos al jurado de conciencia y de la respuesta de estos jueces.

En consecuencia, a juicio de la Corte la inocua equivocación señalada por el recurrente como causa de la sanción de nulidad no es procedente, si se tienen en cuenta las razones anotadas y si se considera que en el caso presente no se vulneró de ninguna manera el derecho de defensa ni ningún principio rector del proceso penal, pues el procesado fue juzgado conforme al procedimiento previsto, por el juez que le correspondía y ejerció a plenitud los derechos consagrados en la Constitución y en la ley. Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo: Se hace consistir en que en el auto de llamamiento a juicio se señaló el número de la cédula que Fabio Silva suministró en su diligencia de indagatoria, el cual a la postre no le correspondió, por decisión de la Registraduría del Estado Civil, número que se corrigió en la providencia del Tribunal Superior cuando advirtió la equivocación.

En efecto, según constancia del proceso, aportada en su oportunidad por el recurrente, la citada Registraduría del Estado Civil le asignó provisionalmente un número de cédula de ciudadanía al señor Fabio Silva Rojas, sin que procediera a su expedición, pues quedó aplazada. Posteriormente, el número inicial se le asignó a otra persona, correspondiendo al procesado un número diferente al relacionado en el auto de proceder, el cual inicialmente en la indagatoria había sido señalado por el sumariado. No obstante que el juzgado tuvo oportuno conocimiento del número definitivo de la cédula de ciudadanía del procesado, por desatención no lo incluyó en el llamamiento a juicio, como ya se dijo, pero este yerro fue aclarado por el Tribunal Superior de Cali.

Esta equivocación inocua e irrelevante no causa la sanción de nulidad que pretende el demandante, al amparo del motivo cuarto de casación, precisamente por las razones que ha dado esta Sala al señalar que tal sanción de nulidad procede cuando hay error en cuanto a la identidad física del responsable. Si se lee con atención la parte motiva y resolutiva del auto de vocación a juicio no hay ningún error ni ninguna duda relativa al nombre o apellido de la persona responsable del homicidio de Oscar de la Cruz Rodríguez, esto es, en el presente

caso el señor Fabio Silva Rojas, natural de Cali, hijo de Esteban y Teresa y de 18 años de edad a la época del delito, como se expresa en tal providencia.

La Corte tuvo oportunidad de precisar en importante fallo, con ponencia del Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía, tomando como punto de análisis el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, la nítida diferencia entre identidad e individualización e identificación, para concluir que lo importante es lo primero con el objeto de saber si esa persona física es la autora del hecho y no otra. En efecto, tal jurisprudencia enseña lo siguiente:

"La nulidad estatuida en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sólo puede comprenderse si se conecta dicha disposición con la del artículo 114 que dice: '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'. La norma transcrita recoge la diferencia que hay entre individualización e identidad y que es suficientemente conocida en criminalística. Disciplina esta estrechamente vinculada al procedimiento penal, como bien se sabe. El español Manuel López Rey Arrojo puntualiza esa diferencia, con innegable acierto, de la siguiente manera:

"Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.

"Identificar es algo que se halla íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe conducir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido" ("Criminalística". Enciclopedia Omeba, Tomo V, pág. 119).

"Al decir 'identidad física' el artículo 114 se refiere a la individualización o, lo que es lo mismo, al 'quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción', que se encuentra en el punto 2º del programa mínimo investigativo que puntualiza el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, y cuando alude al verdadero nombre y apellido y a las otras generalidades se remite a su identificación. Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica dotada, de alguien que se concreta en la afirmación: 'Este y no otro'. Por la segunda, se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tatl como se ve en el artículo

386 que consigna 'reglas para la recepción de indagatoria'" (Casación de septiembre 25 de 1979, Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

En el presente caso, no hay ninguna posibilidad de error, confusión o duda sobre la persona física a la cual, mediante sentencia, se le imputó definitivamente la comisión del delito de homicidio de Oscar de la Cruz Rodríguez, pues se llama de nombre y apellido Fabio Silva Rojas, desde el momento de la captura, en la indagatoria, en el contenido del testimonio de las personas que comparecieron al proceso, en la vocación a juicio, en las sentencias de instancia y, en fin, de todos los actos del proceso, razón por la cual está más que acertada la identidad física y la individualidad del responsable, motivo por el cual tampoco prospera este cargo, además, si se tiene en cuenta la acotación del señor agente del Ministerio Público, según lo cual "no parece consecuente la posición del demandante, quien conocedor del yerro desde que se notificó del auto de proceder y enterado del cambio de número de cédula de su cliente en la Registraduría Nacional del Estado Civil, guardó silencio para proponerla como nulidad un día antes de la audiencia, luego en desarrollo de la misma, y ahora mediante el recurso de casación".

De otra parte, respecto de las nulidades supralegales la Corte considera:

Primer cargo: En la diligencia de inspección judicial de reconstrucción de los hechos, el apoderado del procesado solicitó y obtuvo autorización del juzgado para filmar el desarrollo de tal diligencia, como prueba complementaria, pues el registro fílmico era a su vez compendiado o reproducido por escrito en el acta respectiva. Como quiera que al solicitar la proyección en la audiencia pública, no fue posible realizarla por carencia en ese preciso momento de medios técnicos, imposible de ser suministrados por el juzgado y tampoco por el peticionario, en razón de no corresponderle por ser la justicia un servicio gratuito, según su manifestación, viene ahora en casación a formular cargo a la sentencia por haberse operado la nulidad constitucional consagrada en el artículo 26, puesto que, de acuerdo a su criterio, se vulneró el principio del debido proceso.

Como antes se dijo, el principio de legalidad es múltiple en uniforme e igual eficacia y debe ser observado rigurosamente por orden del Código Superior, cuando de juzgamiento penal se trata. Los ciudadanos deben ser juzgados observando la plenitud de las formas propias de cada proceso, conforme al artículo 26 de la Carta y al 8 y 11 del Código Penal y al 1º del Código de Procedimiento Penal. A esto se agrega como resultado lógico y expresión nítida de la Constitución la existencia del principio fundamental relativo al derecho de defensa del incriminado, que no puede ser ni debe ser restringido, obstaculizado o vulnerado en ningún caso.

Pero, ha dicho la Corte con claridad y precisión que es necesario tener siempre bien de presente, que la "vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución

de la nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaratoria impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal" (Casación de mayo 4 de 1982, Magistrado ponente doctor Reyes Echandía).

Ahora bien, el cargo que se formula en contra de la sentencia, por no haberse proyectado el filme que se rodó en la reconstrucción de los hechos, es abiertamente inconsistente. En efecto, pues, como antes se apuntó y como lo reconoce el demandante, este medio de prueba era apenas complementario, si se tiene en cuenta que el acta de inspección judicial trae una relación completa, detallada y minuciosa de lo ocurrido en dicho acto procesal, hasta el punto de que se puede afirmar sin vacilaciones que lo reseñado en uno tiene que estar necesariamente reflejado en el otro y que lo conocido en el acta tenía que corresponder ineludiblemente a lo proyectado en el filme. Por manera que si era imposible tal proyección en ese momento de la audiencia pública, por carencia absoluta de elementos técnicos para la proyección de la película, no puede deducirse que se vulneró el debido proceso o el derecho de defensa del acusado, pues el personal del debate público, los jueces de hecho, el Ministerio Fiscal, el juez de derecho y el defensor, ciertamente estaban en condiciones, como lo estaron, de conocer con amplitud el desarrollo, las incidencias y los pormenores de la diligencia de reconstrucción de los hechos, con la simple lectura del acta respectiva acompañada de los comentarios y explicación que las partes consideraran oportunas en el cumplimiento de sus propios deberes. La imposibilidad técnica de proyección del filme ni siquiera constituye una irregularidad, porque los actos humanos deben estar enmarcados dentro de los límites de lo posible, pues no es dable exigir a los jueces o en general a cualquier persona un comportamiento que desborde los límites de lo irrealizable teniendo presente el decurso de un acontecimiento concreto.

De otra parte, para que en sede de casación, como lo ha dicho la jurisprudencia, pueda invocarse una causal de nulidad como la que aquí se formula, es menester que medie un vínculo de causalidad entre el vicio o motivo aducido y la sentencia condenatoria, de modo que si éste no se hubiese presentado consecuencialmente la condena no se hubiese proferido o hubiese sido en otro sentido menos gravoso para el reo. En este caso, nada expresó el actor al respecto y simplemente se limitó a señalar que la imposibilidad de proyección de la película constituye vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, la cual empero, ejercitó con plenitud y tenacidad a lo largo de las instancias. Por las razones anotadas, se rechaza este cargo.

Segundo cargo: El sentido de la acusación, en cuanto a este cargo, consiste en que leído el veredicto del jurado, el juez no declaró terminada la audiencia pública y abandonó intempestivamente el recinto,

con lo cual se violó el derecho de defensa y se desconoció el principio del debido proceso, pues no se le permitió pedir aclaración del veredicto.

No obstante la anterior afirmación, se observa que el acta de audiencia pública, en su parte final, dice que "faltando quince minutos para las diez de la noche, solicitaron los señores jurados la presencia del juez e hicieron entrega del veredicto emitido el cual leyó la señora juez en voz alta: *Sí es culpable actuó en estado de ira.* Se anota que este veredicto fue unánime. No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma por los que en ella intervinieron como aparece, una vez leída y aprobada".

El acta anterior, citada textualmente en su parte final, es un documento público que es plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe, salvo que se demuestre su falsedad. Si este concepto es cierto, como lo es, por ser expresión de un criterio normativo, corresponde dar crédito a lo que se dice en el acta en cuestión, suscrita por las personas que en ella intervinieron. Es cierto que el defensor del encausado firmó tal documento advirtiendo que con posterioridad formularía observaciones, las cuales en efecto hizo, pero también es cierto que en tales glosas, apreciables al folio 300, omitió incluir lo que ahora presenta como cargo a la sentencia y que, según su criterio, ocasiona nulidad de tipo constitucional.

El cargo que se le hace a la sentencia es inane y ostensiblemente ausente de comprobación, pues de la lectura del acta de la audiencia pública se deduce a las claras que su terminación tenía que ocurrir como en efecto ocurrió, pues no había objeto o motivo para prolongarla, siendo que nadie pidió la palabra o intervino para dejar las constancias que considerara oportunas. Esto es tan evidente que el defensor al sustentar el recurso de apelación de la sentencia no hizo referencia al atropello de que dice ahora haber sido víctima su defendido, respecto a la legalidad del proceso y al derecho de defensa, concretado en la conducta irregular del juez que no le permitió pedir aclaración del veredicto.

Los anteriores argumentos, que llevan ineludiblemente al rechazo del cargo que se formula, la Sala los complementa con los expuestos por el agente fiscal que dice: "O falta de seriedad, o tardía advertencia de que el veredicto merecía ser aclarado caracterizan la alegación del profesional en punto a este cargo. El mismo reconoce la ausencia de un compendio de actitudes que el juez deba seguir para dar por terminada la audiencia pública: Si nada había que agregar porque nadie lo solicitó, y de ello es prueba el comportamiento del defensor, el único camino a seguir era el levantamiento de la sesión, y así se hizo sin contradicción alguna. En estas condiciones, y como no hay prueba del fundamento de este reproche a la sentencia porque el juicio se efectuó con el miramiento de las formalidades legales y ningún derecho se conculcó al procesado, debe rechazarse el motivo de casación en comento".

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 impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

JUZGAMIENTO DE MILITARES POR DELITOS COMUNES

El juzgamiento de militares por delitos comunes está atribuido a la Justicia Penal Militar únicamente durante el estado de sitio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 82 de septiembre 30 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar confirmó la sentencia condenatoria dictada contra el Cabo Segundo del Ejército Nacional *Edgar José Villar Mesa* y en la cual se le impuso la pena de diez años de prisión y las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido en la persona del Agente de la Policía Jesús Rincón Arias. Contra esta sentencia el procesado interpuso recurso de casación, el cual se concedió y en su oportunidad fue declarado admisible por la Corte.

Presentada la demanda de casación que se declaró ajustada a las prescripciones formales de la ley y oído en concepto del Ministerio Público, se procede a resolver.

Hechos:

Con sujeción a la realidad procesal fueron narrados en la siguiente forma por el Tribunal Superior Militar:

"Consagra la actuación procesal que el 1º de julio de 1981 los Cabos Segundos del Ejército Edgar José Villar Mesa y Orlando Beltrán Rebolledo, en compañía de dos civiles, luego de haber ingerido bebidas embriagantes en el Casino de Suboficiales de la Escuela de Caballería y en la casa del Sargento Segundo Orlando Espitia, se trasladaron al Club Niza de esta ciudad capital, carrera 10ª número 8-83; al momento una patrulla de la Policía Nacional integrada por el Cabo Segundo Quintero Castaño José Orlando y varios agentes auxiliares se hizo allí presente y uno de estos agentes se dirigió al Cabo Villar para informarle que personal uniformado no debía estar en ese sitio, respondiendo en forma altanera el Suboficial, por lo cual se presentó un altercado al final del cual los militares y los civiles que estaban con ellos se salieron y abordaron una camioneta Ranger que habían dejado estacionada al frente del Club e iniciaron la marcha; pero cuando habían avanzado unos 40 ó 50 metros el Cabo Villar que iba en la parte

de atrás del vehículo, disparó la pistola Colt 45 que portaba con dirección a la puerta del establecimiento haciendo blanco en el agente Jesús Rodríguez Arias quien estaba vestido de civil en el interior del Club y completamente ajeno a los hechos se asomaba en ese preciso instante a la puerta, causándole la muerte. Ante esa situación uno de los agentes de la patrulla disparó su carabina de dotación hacia la camioneta pero no hizo impacto ni en sus ocupantes ni en el vehículo".

Actuación procesal:

Con base en los hechos precedentemente relacionados, el Juzgado Noveno de Instrucción Penal Militar inició la investigación por medio de auto del 10 de julio de 1981.

El Juzgado Noveno de Instrucción Penal Militar recibió indagatoria a los Cabos Segundos Orlando Beltrán Rebolledo y Edgar José Villar Mesa el 14 de julio de 1981. Este mismo juzgado les resolvió la situación jurídica el 21 de julio de 1981, al disponer la detención preventiva de Villar Mesa por el delito de homicidio culposo y de Beltrán Rebolledo por el delito de encubrimiento.

El auto de detención dictado contra Beltrán Rebolledo por el delito de encubrimiento fue revocado por el Juzgado Cuarto de Instrucción Penal Militar, el 23 de noviembre de 1981. Así mismo este Juzgado modificó el auto de detención dictado contra Villar Mesa, al estimar que el homicidio cometido era de carácter doloso.

Precluido el período investigativo se oyó el concepto del Auditor Auxiliar 5º de Guerra quien estimó que el Comandante de la Escuela de Caballería, Juez de Primera Instancia, debía dictar la resolución correspondiente para llamar a Consejo Verbal de Guerra al procesado Villar Mesa a fin de que respondiera por el delito de homicidio intencional por el cual se le había oído en indagatoria.

El Comandante de la Escuela de Caballería dictó la Resolución número 002 del 22 de marzo de 1982, en virtud de la cual convocó al Consejo Verbal de Guerra.

El Consejo Verbal de Guerra se llevó a cabo el 24 de marzo de 1982. En esta oportunidad se sometió a la consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"El acusado presente, Cabo Segundo del Ejército Nacional Edgar José Villar Mesa, Código número 7919954, hijo de Miguel y Mercedes, perteneciente a la Escuela de Caballería, de condiciones civiles y militares conocidas en autos, es responsable sí o no, de haber dado muerte en actos fuera del servicio, a Rodríguez Arias Jesús agente de la Policía Nacional, quien se encontraba en traje de civil, de un disparo con una pistola Colt 45 niquelada, impacto localizado en el parietal derecho conforme a necropsia número 2.100 de julio 14 de 1981, practicada por el Instituto de Medicina Legal, Sección de Patología Forense cuya conclusión fue: 'Hombre de 28 años que fallece en paro cardiorespiratorio central por laceración cerebral por herida por proyectil arma de fuego', según hechos ocurridos el día 01 de julio de 1981 entre las 23:00 y 24:00 horas, en la puerta de entrada del Club Niza situado en

la carrera 10ª número 8-83 de esta ciudad de Bogotá D. E., y demás circunstancias consignadas detalladamente en el sumario?".

Por mayoría los vocales contestaron afirmativamente al anterior cuestionario.

El Presidente del Consejo Verbal de Guerra acogió la veredicción y, en consecuencia, condenó a Edgar José Villar Mesa a la pena de diez años de prisión. Así mismo ordenó cesar todo procedimiento contra Orlando Beltrán Rebolledo.

Ordenada la consulta de la sentencia, el Tribunal Superior Militar abrió el proceso a prueba, por auto del 21 de abril de 1982.

El 13 de septiembre de 1982, el Tribunal Superior Militar confirmó la sentencia condenatoria consultada, con la aclaración de que las penas accesorias serían las de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por un período igual al de la pena principal.

La demanda de casación:

El defensor formula cargos a la sentencia acusada con fundamento en las causales cuarta y primera de casación.

La causal cuarta de casación que sirve de fundamento al primer cargo presenta dos aspectos diferentes. Conforme el primero estima que la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad por cuanto no se observaron las formas propias de cada juicio. Concretamente señala que tal inobservancia obedeció a que se pretermitieron las reglas para la redacción de los cuestionarios, habida cuenta de que en autos se halla demostrado que el procesado se encontraba en estado de embriaguez y tal circunstancia no se hizo constar en el cuestionario, como tampoco fueron consignadas en esa pieza procesal una relación completa de los hechos, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron.

El segundo aspecto lo hace consistir en la afirmación de que la sentencia de segunda instancia se dictó por funcionario incompetente razona así: "La sentencia de segunda instancia, está viciada de nulidad, dado que se profirió por funcionario que carecía de competencia para emitirla, en razón de que se estaba juzgando un delito común, cometido por un militar, que no se encontraba en servicio no con ocasión del mismo y si el estado de sitio que vivió el país en un momento dado, autorizaba su juzgamiento esta circunstancia concluyó sin que este juicio hubiese terminado, con lo cual se violó flagrantemente el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, lo que constituye una nulidad de tipo legal".

Con apoyo en la causal primera de casación, afirma que la sentencia se dictó con violación de la ley sustancial por error de derecho y falta de apreciación de determinadas pruebas. Para sustentar esta afirmación se limita a relacionar algunas de las pruebas practicadas y a señalar que no se practicaron careos ni inspección judicial al

vehículo en que se transportaba el procesado, pruebas que, según el actor, habrían llevado a demostrar que su cliente actuó en legítima defensa.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se opone a las pretensiones del impugnante. Afirma que el cuestionario se redactó con base en lo establecido por la ley; en él se consignaron las circunstancias en que se cometió el hecho y no se incluyó ninguna referencia a la embriaguez puesto que ella no es de inclusión en el cuestionario.

En cuanto a la nulidad por falta de competencia dijo: "...Esta Delegada ha sostenido la prórroga de jurisdicción en el conocimiento de los procesos por delitos comunes una vez levantado el estado de sitio, con fundamento en la declaración de constitucionalidad del numeral 2º del artículo 308 del Código Penal Militar, basado en las reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, que permite afirmar cómo la circunstancia de que cesan las situaciones de 'tiempo de guerra', 'turbación del orden público' o 'conmoción interna', no tiene el alcance modificador del precepto legal que señala dicha competencia.

"En consecuencia se considera que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar, constituye unidad de juzgamiento, no presentándose incompetencia de jurisdicción".

Rechaza el cargo basado en la causal primera de casación por hallarlo incorrectamente formulado, ya que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia no es posible alegar violación indirecta de la ley penal.

Consideraciones de la Corte:

En relación con el primer motivo de nulidad invocado por el recurrente estima la Sala que ninguna razón le asiste, pues el cuestionario que se sometió a la consideración de los vocales se redactó conforme a las prescripciones de la ley. Por lo tanto procedió correctamente el juzgador de instancia al no incluir en el cuestionario referencia alguna a la embriaguez normal que en el momento de los hechos presentaba el procesado. Sobre este aspecto, señaló la Corte en sentencia de casación del 10 de noviembre de 1982, lo siguiente:

"Cuando la ley señala que en el cuestionario deberán ser incluidas las circunstancias en que se cometió el hecho punible, es evidente que está haciendo referencia en forma exclusiva a aquellas que, suficientemente demostradas, pueden incidir en la responsabilidad y por ende con trascendencia en el ámbito de la pena. En otras palabras carecen por completo de significación para los efectos de la redacción del cuestionario, las circunstancias que no tienen importancia jurídica, bien porque la ley no las contempla o porque no han merecido demostración, como aquellas cuya apreciación ha sido deferida al juez para

efectos de la determinación de la pena y que se conocían como circunstancias de mayor y de menor peligrosidad en el anterior Código Penal.

"La ebriedad no es expresión unívoca que permita una respuesta uniforme en el ordenamiento, pues los diversos grados que puede ofrecer y las distintas alteraciones que produce en el sujeto, se traducen en *diversas consecuencias jurídico penales*. Desde la embriaguez simple, sin ninguna trascendencia de importancia en el derecho, hasta la intoxicación crónica que el Código de 1936 señalaba como circunstancia de inimputabilidad, pasando por una serie de manifestaciones abnormes producidas por el alcohol y por otras sustancias, que podrían ser consideradas como formas de trastorno mental transitorio, en la medida en que impiden conocer al sujeto la naturaleza de su comportamiento o de comportarse adecuadamente con dicha comprensión, sin olvidar las situaciones que la doctrina ha conocido como *'actio liberae in causa'*, son muchas las formas de ebriedad y, por supuesto, distintos los enfoques que a ellas de la ley".

En el caso que se estudia el propio procesado reconoce haber ingerido licor pero hace una correcta narración de los hechos, cuidándose de esgrimir argumentos defensivos, lo que indica que la embriaguez no alteró sus capacidades cognocitivas y volitiva, de modo que la ingestión de alcohol no modificó su personalidad ni generó situación de inimputabilidad, de manera que en este aspecto no se advierte una informalidad.

Estima la Sala, por el contrario, que le asiste razón al casacionista cuando considera que la sentencia de segunda instancia se dictó por funcionario que carecía de competencia.

El proceso tuvo origen en la comisión de un delito de homicidio perpetrado por un miembro del Ejército Nacional, contra un agente de la Policía Nacional, por fuera de los actos del servicio, en momentos en que el país se hallaba en estado de sitio. En efecto, el hecho que se imputa al procesado tuvo ocurrencia el 1º de julio de 1981, cuando en el país se había decretado la turbación del orden público, lo cual se declaró por medio del Decreto 2131 de 1976 y se levantó en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1674 de 1982, que entró a regir el 20 de junio de ese año.

Está cabalmente demostrado que para el momento de los hechos el procesado era miembro del Ejército Nacional y que aquellos tuvieron ocurrencia cuando junto con algunos amigos se hallaba dedicado a actividades enteramente particulares, sin vinculación alguna con el servicio. Por este motivo y con fundamento en lo preceptuado por el numeral 2º del artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar, que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, el juzgamiento se hizo por la jurisdicción penal militar que por mandato de la citada disposición tiene competencia para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación de orden público o conmoción interior.

Ocurre, sin embargo, que la sentencia de segunda instancia se dictó el 13 de septiembre de 1982, esto es, cuando ya se había levantado el estado de sitio y, por lo tanto, la justicia penal militar carecía de competencia para juzgar los delitos comunes cometidos por los militares por fuera del servicio.

Señala el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal que en todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fija la jurisdicción y competencia o determine la concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir.

De conformidad con el citado precepto y habida cuenta de que el juzgamiento de militares por delitos comunes está atribuido a la justicia penal militar únicamente durante el estado de sitio, levantado éste la jurisdicción especial perdió competencia juzgadora a partir del 20 de junio de 1982 y, por lo tanto, a partir de ese momento ha debido enviar el proceso al Tribunal Superior correspondiente para que allí se dictara la sentencia de segunda instancia.

No se trata en el presente caso de términos que hubiesen empezado a correr o de actuaciones o diligencias ya iniciadas, que siguen rigiéndose por la ley vigente al tiempo de su iniciación, tal como lo enseña el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sino del cambio de competencia por el hecho sobreviniente del levantamiento del estado de sitio, que obligaba a dar cumplimiento inmediato a la nueva situación procesal relacionada con la competencia. Además el citado artículo 40 hace referencia a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, en el mismo sentido que lo hace el ordenamiento procesal penal, pero en lo relacionado con la capacidad juzgadora que emerge de la ley y no puede ser interpretada en forma extensiva, la disposición pertinente se aplica desde que entra a regir.

Como en el presente caso la única actuación de la justicia penal militar que se llevó a cabo luego del levantamiento del estado de sitio fue la cumplida al dictar la sentencia de segunda instancia, es obvio que la nulidad se predica sólo a partir de esta decisión, a fin de que sea la autoridad competente, a quien deberá enviarse el proceso, la que procede a dictar el fallo que corresponde.

En atención a que prospera la nulidad alegada, no es del caso hacer pronunciamiento alguno en cuanto al cargo que se basa en la causal primera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto de su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar la sentencia recurrida. En consecuencia, se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia dictada el 13 de sep-

tiembre de 1982, inclusive. El proceso se enviará al Tribunal de Bogotá para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Aclaración de voto; *Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Ruiz, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Simplemente deseo insistir, pues la motivación la he presentado en ocasiones anteriores en asocio del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, en la opinión de negar a la justicia penal militar competencia para juzgar a los civiles, y, a los militares, entendiendo por estos a los integrantes del ejército, marina o fuerza aérea, cuando su actividad delictiva no compromete su función oficial. La tesis de la mayoría es distinta y me merece respeto, pero sí debo consignar este motivo de discrepancia.

Esto quiere decir, en el caso examinado, que el fenómeno anulatorio debería comprender etapa anterior a la considerada por la mayoría de la Sala.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

Bogotá, octubre 4 de 1983.

DEMANDA DE REVISION Y CASACION ELABORACION

Imponen una actividad o desarrollo que comprende la elaboración según precisos requisitos formales, la invocación de concretas causales legales, el correcto señalamiento de los fundamentos jurídicos o fácticos y una adecuada sustentación de cada cargo en forma separada y compatible con los demás, todo lo cual es evidentemente, materia de especiales conocimientos jurídicos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 89.

Vistos:

El condenado *Marino Vega Cardona,* detenido en el Centro Nacional de Rehabilitación, Modelo, ha solicitado a la Corte la revisión del proceso al término del cual le fue impuesta la pena principal de cuarenta y seis (46) meses de prisión, como autor responsable de la comisión de una de las conductas descritas en el Decreto 1188 de 1974, mediante sentencias del Juzgado 34 Penal del Circuito y del Tribunal Superior de Bogotá.

Alega el peticionario que en su caso no fue observado por el juez de instancia el principio de favorabilidad que alega y como resultado de cuya violación, solicita a la Corte que decrete la nulidad del proceso y disponga su libertad y, por otra parte, además, que ordene la revisión de la causa con fundamento "en el ordinal 3º, inciso último (sic) del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal", a causa de que la base fundamental de la sentencia fue el testimonio "sospechosamente valorado" de la inicialmente sindicada Mery Rincón de Muñoz y de que no se comprobó su afirmación en el sentido de que para la fecha de la comisión del delito, el peticionario se hallaba detenido.

Para resolver, *se considera:*

1. *La disposición del artículo 116 del Código de Procedimiento Penal en la que el condenado se funda para dirigirse a la Corte no*

comprende, como ya lo ha dicho reiteradamente la Sala, la facultad de elaborar las demandas de casación y de revisión, que por el carácter extraordinario de las impugnaciones y por la técnica jurídica que exige su presentación formal y sustentación sustancial, si bien se originan en recursos que pueden interponerse por el procesado o por el condenado, cualquiera que sea el grado de la instrucción de estos o aunque carezcan en absoluto de ella, imponen una actividad o desarrollo posterior que comprende la elaboración de las demandas respectivas según precisos requisitos formales, la invocación de concretas causales legales, el correcto señalamiento de los fundamentos jurídicos y fácticos y una adecuada sustentación de cada cargo en forma separada y compatible con los demás, todo lo cual es, evidentemente, materia de especiales conocimientos jurídicos que no están al alcance ni siquiera de todos los abogados ni, por supuesto, en ningún caso, de todo el mundo.

Por este solo aspecto de la falta de personería adjetiva para presentar y sustentar la demanda, la que el condenado Vega Cardona pretende, resulta legalmente inaceptable.

2. Tampoco acierta el memorialista, como era de esperarse, en la formulación de la demanda que pretende la revisión de su causa, pues la nulidad que alega y la crítica que formula a las pruebas analizadas en la sentencia de condena, no corresponden a ninguno de los motivos de revisión señalados taxativamente en el artículo 584 del Procedimiento Penal, sino en las causales 4ª y 1ª (cuerpo segundo) del artículo 580 *ibídem*, establecidas para casación y que, por tanto, deben alegarse en los casos del artículo 569 y con los requisitos del 576 del mismo código.

A este respecto ha dicho la Sala:

"...Por cuanto se pone en tela de juicio la seguridad y la garantía de la cosa juzgada, el recurso es exigente en sumo grado tanto en su forma de ser propuesto como en el cumplimiento de los requisitos que supone para su prosperidad..."

"...De allí que sus causales sean taxativas y requieran demostración fehaciente e irrefutable..."

"...Observado el libelo presentado por el proponente, inclusive sin asesoría de abogado titulado, claramente se advierte que el motivo por él expuesto para atacar la legalidad de la sentencia impugnada, y que se hace consistir en una supuesta nulidad por inobservancia de las formas propias del juicio y violación del derecho de defensa, no está erigido como causal de revisión por el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal..."

"...Las circunstancias aducidas por el recurrente: Falta de apreciación de determinadas pruebas y, por lo mismo, carencia de los presupuestos para condenar, pudieron haber sido alegados en las instancias, y, a lo sumo, en casación, mas no en revisión, por no ser de la naturaleza de este medio de impugnación..." (Auto de 2 de agosto de 1983, Acta número 69).

Bastan las breves consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *desestime* el recurso de revisión propuesto por el condenado Marino Vega Cardona.

Notifíquese y archívese.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º EXTRADICION. Origen

No aparece en la historia del derecho como un instituto encaminado a reprimir la delincuencia sino como un acto de prepotencia política entre los príncipes para destruir a sus enemigos, principalmente a sus adversarios políticos. Demoró mucho tiempo para convertirse en una forma de lucha contra la impunidad

2º EXTRADICION. Equivalencia del auto de proceder

La acusación del Gran Jurado ante un Tribunal Federal de Distrito en los Estados Unidos de América, es tanto como el auto de proceder de la legislación procesal colombiana

3º EXTRADICION. Naturaleza del instituto

Es de carácter administrativo y no tiene por objeto planteamientos jurídicos que tiendan a excluir el delito o a exculpar a su autor

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 89.

Vistos:

La Embajada de los Estados Unidos de América mediante nota verbal dirigida al Ministerio de Justicia de Colombia pidió la detención preventiva del ciudadano colombiano *Lucas Gómez Van Grieken* con el objeto de presentar, en su debida oportunidad, solicitud formal de extradición, en virtud de que dicho individuo se encuentra acusado ante una Corte de Justicia por el delito de conspiración, consistente según sus leyes, en poseer drogas controladas con intención de distribuirlas en el territorio de los Estados Unidos.

El Ministerio de Justicia de Colombia con fundamento en el artículo 11 del Tratado de Extradición (Ley 27 de 1980) y en vista de la documentación presentada decretó la detención provisional del solicitado mediante auto del 28 de enero de 1983; entre tanto la Embajada de los Estados Unidos de América formalizó la solicitud de extradición el 7 de abril del mismo año.

Corresponde a la Sala Penal de la Corte emitir concepto sobre el asunto.

Consideraciones:

1. *La extradición se concreta en un acto por medio del cual un Estado entrega una persona a otro Estado que la reclama para someterla a proceso o al cumplimiento de una pena, por disponerlo así un tratado o una ley que lo reglamenta y permite de modo expreso.*

No aparece en la historia del derecho como un instituto encaminado a reprimir la delincuencia sino como un acto de prepotencia política entre los príncipes para destruir a sus enemigos, principalmente a sus adversarios políticos. Demoró mucho tiempo para convertirse en una forma de lucha contra la impunidad.

Se dice que la interdependencia de los Estados expresada en el concepto de un orden ético-social entre naciones es el fundamento de este instituto, porque los países civilizados manifiestan con él su interés en que los delincuentes comunes no queden sin castigo. Ese interés recíproco es —como lo tilda Florián— un acto de asistencia internacional, que los Estados deben prestarse para la represión de los delitos y la aplicación de la pena.

En nuestro derecho la extradición no tiene carácter criminal, pues no implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del reclamado en los hechos que fundan la solicitud respectiva, supone apenas de ordinario un estudio del tipo penal para determinar de manera objetiva si es de aquellos que permiten esa medida excepcional y un estudio del aspecto procesal para establecer si se ha proferido una providencia que pueda tenerse como un verdadero pliego de cargos al estilo del auto de proceder de nuestro estatuto procesal.

Finalmente, siempre será entre nosotros una ley aprobatoria de un tratado internacional la que autorice la extradición de acuerdo con el principio nulla traditio sine lege.

2. *Con relación al tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979, aprobado por la Ley 27 de 1980 y que entró a regir el 4 de marzo de 1982 con el cambio de ratificaciones, se cuestiona su constitucionalidad en lo referente a la extradición de nacionales.*

El artículo 8 del tratado-ley, dispone:

"Extradición de nacionales. *1. Ninguna de las partes contratantes estará obligada a entregar a sus propios nacionales, pero el Poder Ejecutivo del Estado requerido podrá entregarlos si lo considera conveniente. Sin embargo, se concederá la extradición de nacionales, de conformidad con las disposiciones del presente tratado, en los siguientes casos:*

"a) Cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en el territorio de ambos Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente, o

"b) Cuando la persona cuya extradición se solicita haya sido condenada en el Estado requirente por el delito por el cual se solicita la extradición.

"2. ....."

Si el artículo 17 del Código Penal vigente, ordena:

"Extradición. *La extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.*

"La extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos.

"En ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos".

Y, si a esto se suma que la Constitución Política de Colombia jamás ha prohibido la extradición de nacionales, debe concluirse que el constituyente dejó en manos del legislador la reglamentación legal de esta materia, como en las del ejecutivo la facultad de abordarla por vía de tratados o convenios internacionales.

De otra parte, si la Corte declaró su falta de competencia para ejercer el control de constitucionalidad (art. 214 de la C. N.) sobre la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado, con mayor razón ningún funcionario público que deba aplicarla podrá negarse a hacerlo para en su lugar asumir por su cuenta y riesgo ese control en un caso concreto, pretextando la excepción de inconstitucionalidad (art. 215 de la C. N.).

Si todo esto es evidente, la extradición de nacionales no permite objeción alguna de carácter constitucional. Y menos cuando, sobre bases de absoluta reciprocidad, se busca con ella la represión de algo que como el delito no tiene patria.

3. Lucas Gómez Van Grieken se halla solicitado por los Estados Unidos de América al haber sido acusado ante el Tribunal del Distrito Sur de Florida por conspiración para violar el Título 21, secciones 841, 846, 952 y 953 del Código Penal de ese país, delitos contemplados en el artículo 2-4-a del tratado y el numeral 21 de su apéndice.

En consecuencia, los ilícitos que se le imputan a Gómez Van Grieken consisten en haberse asociado con otros para introducir a los Estados Unidos, desde territorio colombiano, cocaína y marihuana para ser distribuidas allí, hechos que culminaron en octubre de 1982.

Los delitos que se cometieron en desarrollo de esa conducta son de aquellos que, sin dudas, dan lugar a extradición, pues se encuentran castigados en ambos países. En efecto:

Con arreglo al artículo 2-1-a están en el apéndice del tratado bajo el número 21 que precisa: "Delitos contra las leyes relativas al tráfico, la posesión, la producción o la elaboración de estupefacientes, cannabis, drogas alucinógenas, cocaína y sus derivados u otras sustancias que producen dependencias física o psíquica", son descritos en Colombia por el Decreto 1188 de 1974; porque con fundamento en el artículo 2-4-a la conspiración (Título 18, Sección 371 del C. de EE.UU.) por ser conducta que al estar vinculada a otras infracciones vendría a constituir en Colombia la que el Código Penal de 1936 denominaba Asociación para Delinquir (art. 208) y el actual estatuto penal, Concierto para Delinquir (art. 186); y, por último, porque, al amparo de cualquier crítica de orden técnico-jurídico, el tratado equipara los dos tipos penales anteriores para los efectos de la extradición cuando ordena: "También se concederá por la asociación para deliquir contemplada en la legislación colombiana y por la conspiración prevista en la legislación de los Estados Unidos de América".

Para satisfacer la exigencia del artículo 2-3 del tratado basta saber que la conspiración y el concierto para delinquir se encuentran sancionados en uno y otro país con pena privativa de la libertad superior a un año. Pero, si a estos se suman las otras violaciones imputadas no queda duda de que ese límite está superado.

Del mismo modo ha de concluirse en relación con el requisito del artículo 6 del tratado, pues ninguna de las infracciones se halla prescrita según las leyes del Estado requirente en razón de que el Título 18, Sección 3282 del Código de los Estados Unidos dispone que cuando el delito no tiene pena capital prescribe en cinco años a partir de la fecha de su comisión si no se ha formulado acusación del gran jurado o del fiscal dentro de ese plazo y, en este caso concreto, además de que ese término no ha transcurrido, quedó interrumpido por haberse producido oportunamente la acusación del gran jurado como consta de autos.

4. No existe incertidumbre alguna respecto a que Lucas Gómez Van Grieken es la persona a la cual se refiere la acusación del gran jurado, ni en cuanto a que es coautor de los ilícitos comunes que se le endilgan.

Para la Sala tampoco existe perplejidad en lo tocante a que de acuerdo con el artículo 9-3-a del tratado se presentó prueba demostrativa de que el reclamado ha sido llamado a juicio para ante autoridades judiciales de los Estados Unidos de América.

Al respecto es necesario observar:

a) La legislación procesal de los Estados Unidos se estructura sobre el sistema acusatorio y, por tanto, el pliego de cargos lo formula el fiscal o el gran jurado, según el caso;

b) Gómez Van Grieken fue requerido ante el gran jurado y éste lo acusó ante el Tribunal Federal del Distrito Sur de Florida por ser competente para este asunto y,

c) A esta entidad jurisdiccional le corresponde tramitar la causa en audiencia pública de juzgamiento.

Sin embargo, para sostener la equivalencia sustancial entre la acusación del gran jurado y el auto de proceder de la legislación penal colombiana, se advierte, además:

a) Que como el auto de enjuiciamiento del derecho colombiano la acusación del gran jurado es un pliego de cargos que se le formula al procesado para que se defienda en el juicio;

b) Que esa acusación o pliego de cargos contiene la descripción de la conducta típica imputada con las circunstancias que la especifican, el lugar y fecha de su ocurrencia;

c) Que esa acusación o pliego de cargos señala de manera sucinta las disposiciones legales violadas y su ubicación genérica y específica y,

d) Que esa acusación o pliego de cargos interrumpe la prescripción de la acción como lo hace en el derecho procesal colombiano el auto de proceder.

5. De esta manera quedan totalmente cumplidos los presupuestos que para conceder la extradición exige el artículo 1 del tratado y demás disposiciones que lo integran y complementan. Pero, sustancialmente se satisface el artículo 8-1-a del tratado en cuanto al evento de obligatoria extradición del ciudadano del Estado requerido, en este caso del colombiano Lucas Gómez Van Grieken, pues las imputaciones que se le hacen comprenden actos realizados en ambos países con la intención de consumar delito en el Estado requirente.

Resta contestar el argumento de que la Corte debe conceptuar desfavorablemente a la extradición de Gómez Van Grieken, porque habiendo sido provocada su conducta no es posible subsumirla en ningún tipo penal.

La extradición no es un juicio sobre los hechos para cuestionar su ilicitud, ni es tampoco un juicio sobre el autor para negar su culpabilidad. Es un simple incidente de carácter administrativo donde sólo se ventilan las condiciones requeridas, por una ley o por un tratado, para la entrega del delincuente o de quien se presume que lo sea. En tal virtud resultan extraños a ella los planteamientos jurídicos que tienden a demostrar circunstancias de exclusión del delito o causas exculpativas de cualquier género propias del juzgamiento que deberán realizar, en el proceso respectivo, los jueces del Estado reclamante.

Finalmente, aprovechando la coyuntura de una recusación y sin que el apoderado principal hubiera resignado en ningún momento la representación de su cliente, el apoderado sustituto presentó extenso alegato que fue coadyuvado por aquél. Dicho memorial resultaba extemporáneo, porque ya se había surtido la alegación del apoderado principal en la oportunidad debida.

En tal virtud la Corte se abstendrá de considerarlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *conceptúa favorablemente* a la extradición del ciudadano colombiano Lucas Gómez Van Grieken.

Cópiese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Salvamento de voto; *Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUNA GOMEZ

No comparto el criterio de mis compañeros de la Sala Penal plasmado en el concepto anterior en cuanto él es favorable a la extradición de un ciudadano colombiano, en atención a los siguientes razonamientos que me llevan a la conclusión de su inconstitucionalidad:

PRIMERO: Viabilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 125 de la Carta:

Se afirma en el concepto: "Si la Corte declaró su falta de competencia para ejercer el control de constitucionalidad (art. 214 de la C. N.) sobre la Ley 27 de 1960, aprobatoria del tratado, con mayor razón ningún funcionario público que deba aplicarla podrá negarse a hacerlo para en su lugar asumir por su cuenta y riesgo ese control en un caso concreto, pretextando la excepción de inconstitucionalidad (art. 216 de la C. N.)" (fl. 165).

La anterior afirmación conclusiva parte de una equivocada apreciación o valoración de lo dispuesto por la Corporación en Sala Plena. Porque ella lo que hizo fue declararse incompetente para conocer de la demanda formulada contra la Ley 27 de 1980, pero se abstuvo de pronunciar sentencia de mérito, es decir, de fallar en el fondo, de decidir si las normas del tratado en todo o en parte chocaban contra preceptos constitucionales. Este fue un punto que no consideró ni estudió. Si lo hubiera hecho, su decisión hubiere producido efectos *erga omnes* y a nadie le hubiera sido lícitamente permitido desconocer su fallo. Mas como ello no fue lo que ocurrió sino que, la entidad, deliberadamente se abstuvo de pronunciar sentencia de mérito síguese que el funcionario llamado a aplicar determinada norma, bien puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad consagrada en los siguientes rotundos y tajantes términos de nuestra Carta fundamental:

"En todo caso de incompatibilidades entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"Una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa", como enseña la sabiduría popular: Una cosa es que la Corte, en Sala Plena se hubiera declarado incompetente para conocer de la demanda contra la ley en cuestión y otra, perfectamente distinta el que la hubiera declarado íntegra o parcialmente exequible o inexequible. Pero precisamente no tomó ninguna de las dos últimas sendas, por lo cual, se repite, no habiendo producido sentencia de mérito con efecto *erga omnes*, bien puede el funcionario llamado a aplicar la ley, si la encuentra a su buen criterio incompatible con norma alguna constitucional, proceder en consecuencia, es decir, como se lo ordena la regla 215 de nuestro

máximo estatuto. Sólo una clara determinación de exequibilidad podría hacer inaplicable el principio consagrado en la regla 215 acabada de citar.

Y, precisamente esa consideración es la que está haciendo posible este salvamento de voto, pues si hubiera habido por parte de la Sala Plena de la Corte sentencia de mérito declarando la constitucionalidad total de la ley acusada, el Magistrado, al igual que cualquiera de las Salas, así como también cualquier otro funcionario, necesariamente tendría que rendirse y acatar lo dispuesto por el Supremo Juez de Constitucionalidad, tal como lo hizo recientemente el Organo Ejecutivo, con el Primer Magistrado de la Nación a la cabeza, con lo cual dio el más alto y limpio ejemplo de respeto a la ley, reflejo de la soberanía y vino a engrandecer el sistema democrático colombiano, para orgullo de nuestro país y de nuestras instituciones.

En consecuencia este Magistrado, por tener razones más que suficientes, según acaban de verse, para no compartir el criterio absolutista de sus compañeros en el aparte transcrito al iniciar este punto, presenta con toda tranquilidad y acatamiento a la ley, sus puntos de discrepancia con sus compañeros de Sala. Teniéndolos como los tiene y no obligándole sentencia alguna de mérito de la Corte, en Sala Plena, a prescindir de la aplicación del artículo 215 de la Constitución, proceder en otra forma equivaldría a desconocer los dictados de su propia conciencia.

SEGUNDO: Las disposiciones de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del "tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", en cuanto pretenden imponer la extradición de nacionales colombianos hacia los Estados Unidos de Norteamérica, son violatorias o incompatibles con la Constitución colombiana y, en consecuencia, la Sala ha debido conceptuar desfavorablemente hacia tal pretensión.

Nota preliminar: Este Magistrado piensa que todo delincuente, a quien se le prueba por medio del debido proceso su responsabilidad o culpabilidad, debe ser sancionado. Tal es la única manera de resguardar y proteger el recto orden social. De manera que al argumentar que es inconstitucional la extradición de delincuentes colombianos del territorio patrio hacia otras latitudes acusados por cualquier clase de delitos (el tratado los abarca a todos), no está procurando la impunidad de nadie sino clamando y reclamando porque la sanción se imponga acatando el debido proceso que comprende no solamente las formas, sino también los funcionarios encargados de adelantarlo y de aplicar las sanciones correspondientes, llegado el caso.

1. Aun cuando el tratado público, para tener plena vigencia según nuestro régimen constitucional y legal debe ser aprobado por una ley, como ésta no puede tener otra finalidad que esa, síguese que se confunde con el mismo tratado. Pero esto no quiere decir que mediante él se puede derogar, modificar ni sustituir la legislación nacional vigente, pues de aceptarse tal criterio tendría que llegarse a la conclusión de que un Estado o una potencia extranjera bien podía entrar a saco roto a modificar la legislación interna o a la propia Constitución. Un ejemplo elocuente pero muy claro saca valedero lo anterior: Póngase

como supuesto que mediante un tratado público ratificado mediante ley y puesto en vigor, se sanciona con la pena de muerte el delito de traición a la Patria o el de tráfico de estupefacientes o el de acceso carnal mediante engaño, para los efectos cualquier ilícito de lo mismo. Pues ese tratado o la ley de él aprobatoria, choca abiertamente contra la Constitución de acuerdo con la cual "el legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso" (art. 29). Como también chocaría contra la Carta y contra la ley aquél tratado por medio del cual se declarara que la privación ilegal de la libertad no es delito.

Es que lo primero que tienen que estudiar y considerar los negociadores de los tratados públicos hace referencia a que mediante ellos no se vayan a lesionar las Constituciones y las leyes de cada uno de los Estados contratantes. Porque, precisamente ese respeto y acatamiento a las respectivas normas, es lo que hace más respetable a cada una de las altas partes contratantes. Dentro de regímenes verdaderamente democráticos, lo primero que debe atenderse es el no ir a vulnerar el sistema propio de cada país.

Se ve pues, de manera clara, cómo un tratado público no puede derogar ni modificar ni subrogar la legislación nacional ni sus principios constitucionales.

2. *Origen de la* soberanía *y sus manifestaciones:*

Sin entrar en disquisiciones de sociología jurídica, basta tener en cuenta el artículo 2º de la Constitución que no puede ser derogado ni reformado por ningún tratado ni por ninguna ley, El define:

"*La soberanía* reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

La sentencia es lapidaria y definitiva:

La soberanía aquí, en Colombia, "reside esencial y exclusivamente en la Nación". En nuestra propia Nación y así nuestra soberanía no depende de las naciones extrañas. Y, como "de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece", síguese que es obligación tanto de la ley nacional como de los tratados públicos llamados a tener vigencia u operancia en Colombia, el ceñirse, el someterse, el acomodarse a los lineamientos generales que nuestra Carta establece. Y esos lineamientos hacen referencia a las tres ramas del Poder Público que ella misma establece: "Son Ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional" (art. 55), señalando a continuación las funciones que corresponden a cada una de ellas, debiendo colaborar "armónicamente en la realización de los fines del Estado" (id.).

Desde el momento mismo en que en el preámbulo de la ley de leyes se sienta que ésta tiene "el fin de afianzar la unidad nacional... y ...asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz" y cuando sienta que "es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia,

vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (C. art. 10), aquella está señalando las pautas o lineamientos generales a los cuales debe someterse la acción o desarrollo de actividades de toda clase de instituciones, organismos o personas, ya en el ámbito privado, ya en el público, incluyendo dentro de este acatamiento, por ejemplo, la forma como deben hacerse, modificarse o derogarse las leyes, así como también aquella necesaria para modificar la propia Constitución. Pero como en esta misma se señalan sus fines y los derechos de los asociados, y como estas disposiciones son fruto de la soberanía y como esta reside "esencial y exclusivamente en la Nación", conclúyese que le está vedado al Estado el privar a ninguno de sus nacionales del derecho de invocar la protección o tutela de sus propias leyes, así como también a ese mismo Estado le está prohibido despojarse de los atributos y funciones que tiene con relación a sus subordinados. De ahí la rotunda disposición contenida en el artículo 10: "Es deber de todos los nacionales y extranjeros residentes en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

Para los ciudadanos sometidos a estos deberes frente al Estado, también gozan de los derechos correlativos con relación a él, dispone así la regla 16:

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Para que puedan realizarse la protección y el cumplimiento a los cuales se refiere esta disposición, tanto el Estado como los ciudadanos deben cumplir, deben sujetarse a la misma Constitución y a las leyes debidamente promulgadas.

Y claro del artículo 10 dos veces transcrito consiste en que ningún ciudadano puede abstenerse del sometimiento a la Constitución y a las leyes, ni el Estado tampoco no pudiendo éste, el Estado, en consecuencia, renunciar a sus derechos y obligaciones ni transferir, traspasar a otro Estado, el cumplimiento de las leyes nacionales, para abstenerse de desarrollar determinadas actividades, cuando estas están perfectamente contempladas en la ley, háyanse cumplido o no dentro de su propio territorio. Todo porque el poder político de una Nación debidamente organizada como Estado, no está sometido al control de otra Nación, porque ello chocaría contra el concepto de soberanía, sin que ello quiera significar que ésta se tome de manera omnipotente y absoluta, sino que se reconocen las limitaciones que impone el hecho de vivir en sociedad con otras naciones. Pero esta limitación no puede aceptarse en el sentido de que un Estado debe renunciar a la aplicación de sus propias leyes dentro de su propio territorio en determinados casos concretamente contemplados por aquellas, para que en territorio extranjero se les apliquen leyes foráneas.

3. *"De la aplicación de la ley penal"* colombiana (C. P., Libro Primero: Parte General, Título II, arts. 13 y ss.).

Dispone el nuevo Código Penal:

"Artículo 13. *Territorialidad.* La ley penal colombiana *se aplicará* a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

"El hecho punible se considera realizado:

"1º En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.

"2º En el lugar donde debió realizarse la acción omitida, y

"3º En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

"Artículo 15. *Extraterritorialidad.* La ley penal colombiana *se aplicará:*

"1º A la persona que *cometa en el extranjero delito contra* la existencia y la seguridad del Estado, el régimen constitucional, el orden económico social, *la salud pública,* la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, papel sellado o estampilla oficial, aun cuando hubiera sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

"En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.

"2º A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa el delito en el extranjero.

"3º A la persona que está al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el ordinal primero, cuando no hubiera sido juzgada en el exterior.

"4º *Al nacional* que fuera de los casos previstos en los ordinales anteriores, *se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero,* cuando la ley penal lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiera sido juzgada en el exterior.

"Si se trata de una pena inferior, no se procederá sino por querella de parte o a petición del Procurador General de la Nación.

"5º El extranjero que fuera de los casos previstos en los ordinales 1º, 2º y 3º, se encuentra en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, qua la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiera sido juzgado en el exterior.

"En este caso sólo procederá por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

"6º Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:
"a) ....."

En ejercicio de su soberanía manifestada a través del Congreso, la Nación colombiana tomó de manera expresa y concreta las determinaciones que acaban de transcribirse, en guarda de la propia soberanía que nadie puede desconocerla. Consagró así derechos y deberes a cuyo ejercicio y cumplimiento nadie puede escapar y a los cuales nadie puede renunciar, ni siquiera el mismo Estado, ya que éste no es otra cosa, según es bien sabido, que la encarnación jurídica de la Nación.

De la legislación transcrita se concluye que no hay nacional colombiano que habiendo cometido un delito ya en el país, ya *en el exterior*, quede sin sanción *de acuerdo con la ley colombiana*, la cual necesariamente debe aplicársele según las normas del procedimiento penal también colombiano.

Esos derechos esenciales e irrenunciables de los nacionales colombianos que nadie puede desconocerlos, ni siquiera el mismo Estado, están broquelados una vez más por la Constitución, la cual en su artículo 26 dispone:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

La norma constitucional transcrita impone al Estado colombiano la obligación de aplicar las leyes colombianas a sus nacionales y también a los extranjeros, a través de jueces colombianos observando la plenitud de las formas propias de los juicios establecidos en Colombia y no en Estados extranjeros. Es así como se tutelan los derechos de los ciudadanos en la forma en que están consagrados por la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia ha enseñado y precisado que "el artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia plena de las formas del juicio, y

"d) Ampliación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado" (Sentencia de casación, Sala Penal, 27-II-70).

Claramente ordena la propia Constitución, según repetida jurisprudencia de la Corte y, sobre todo, de acuerdo con el propio texto, que al nacional colombiano que ha delinquido o a quien se acusa de haber delinquido y que se encuentre en su territorio ya sea cautivo o en libertad, se le juzgue teniendo en cuenta nuestro propio Código

Penal en cuanto define los delitos y las sanciones, por jueces y Tribunales colombianos, atendiendo la competencia fijada para cada uno de ellos, observando, es decir, acatando, cumpliendo en su integridad las formas, las ritualidades, los procedimientos propios del juicio y, llegado el caso, aplicando la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior el acto imputado. Lo anterior es lo que quiere la Constitución, lo que ordena la Constitución, lo que la Constitución hace cumplir. Es decir, esa es la manifestación de la voluntad de la soberanía nacional, en otras palabras, es lo que quiere, lo que ordena y lo que la soberanía nacional ha de hacer cumplir. Y que todo se haga, es del caso repetir, dentro del territorio nacional y de acuerdo con nuestras leyes también nacionales.

Entonces: Si la Constitución es el origen indestructible de nuestra legislación, si en la Constitución nuestras leyes encuentran vida, si todo lo que ellas disponen ha de cumplirse con arreglo a los mandatos constitucionales, entonces son claras las siguientes consecuencias:

Cuando una ley pugna con la Corte, el funcionario legislativo, ejecutivo o judicial que tenga la misión de aplicarla, debe abstenerse de hacerlo porque aquella le ordena de manera perentoria y sin excepción ninguna: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales" (C. art. 26).

Las leyes del país pueden modificarse o subrogarse o derogarse y, en ocasiones es conveniente e imperativo que tal ocurra, por los medios propios consagrados por la Carta, entre los cuales no se encuentra que tal ocurra mediante tratados públicos. Sino que aquello debe operarse dando aplicación a lo pertinente del artículo 76 de la Carta:

"Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1ª Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes.

"2ª Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

"....."

De manera que cuando de reformar, modificar o derogar leyes se trata, el legislador debe tener en cuenta los dos numerales constitucionales del artículo 76 que vienen de transcribirse, lo mismo cuando a códigos se hace referencia. Porque lo referente a tratados públicos se encuentra contemplado y se rige por otras normas (Cfr. arts. 120-20 y 76-18). Son, pues, dos modalidades perfectamente distintas.

Otra consecuencia: Mientras las leyes estén vigentes, es decir, no hayan sido derogadas ni reformadas por los medios precisos señalados por la Constitución, deben cumplirse, correspondiendo al Presidente de la República "velar por su exacto cumplimiento" (C. art. 120-2).

Ya se vio cómo de acuerdo con las normas pertinentes de la Constitución (art. 26) y del Código Penal (arts. 13 y 16) antes transcritos, a todo nacional colombiano que comete un delito en el exterior,

se le aplicará la ley penal colombiana, mediante las competencias y los procedimientos señalados también por la propia ley colombiana, aun cuando el hecho ilícito haya sido consumado en el extranjero.

En consecuencia:

Siendo Lucas Gómez Van Grieken ciudadano colombiano según se encuentra demostrado en el expediente, encontrándose Lucas Gómez Van Grieken actualmente en Colombia, según también se halla plenamente establecido, síguese que está sujeto a la ley penal colombiana, la cual debe aplicársele en su juzgamiento, tanto por lo que viene de decirse, como porque así lo dispone de manera rotunda y tajante el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, el cual no consagra ni permite consagrar por ningún medio ninguna excepción. Luego deben juzgarlo los jueces competentes colombianos, en territorio colombiano y con arreglo a las disposiciones sustantivas y procedimentales colombianas. Tal es, se repite, lo que imperativamente ordena el artículo 26 de la Carta magna que no puede ser modificada por un tratado público, como tampoco así puede ser modificado lo relativo a competencias y procedimientos.

Por ello es que disiento del concepto favorable a la extradición al cual me vengo refiriendo: No es que se busque la impunidad de los delincuentes. Por el contrario, se exige que sean debidamente sancionados. Pero que lo sean con sujeción a la ley que les es aplicable. Y con cumplimiento de las disposiciones ya transcritas y también del artículo 16 de la Carta en cuanto dispone que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Y no se cómo se cumple ese mandato, ni tampoco el 26 de la misma Carta, que asegura el debido procedimiento y la debida competencia y la favorabilidad de la ley, si a más de todo lo ya dicho a un nacional colombiano, que tiene derecho a que se le juzgue aquí en Colombia según lo ya demostrado, puesto que su patria tiene sus normas sustantivas y procedimentales penales, que señalan los delitos y sus penas y los jueces competentes y sus procedimientos, las cuales deben serle aplicadas aun cuando el delito se haya cometido en el exterior, por lo cual no es está consagrando ni garantizando impunidad ninguna, se repite, no se ve cómo se cumplen los mandatos legales y constitucionales vigentes si a ese nacional colombiano, en vez de juzgársele aquí en su patria, con violación de las leyes y de la Constitución se le envía al extranjero a ser juzgado no por sus propios jueces sino por jueces extranjeros que no conocen su idiosincracia, su temperamento, su ambiente familiar y social; a ser juzgado en idioma extranjero que desconoce y cuyo perfecto conocimiento para eficaces medios de defensa o de justo juicio no se puede suplir por medio de intérpretes; para aplicarle una ley extranjera y en idioma extranjero y, para conminarlo en una cárcel a la cual nunca podrá llegar una mano amiga ni un sabio consejo que pueda hacer algo por su rehabilitación. Esas no son propiamente las garantías del juzgamiento consagradas en el artículo 26 de la Constitución tantas veces mencionado. Desconocimiento total de la ley que se le va a aplicar y de los medios por los cuales se

le va a imponer, así como de los sistemas defensivos. Lo anterior sería suficiente para conceptuar desfavorablemente a la extradición del ciudadano colombiano, aún dentro de la esfera de quienes acepten que por medio de tratados públicos se puede modificar o derogar la legislación nacional. Y, sube de punto el argumento, si se considera el trato que reciben los ciudadanos colombianos en los Estados Unidos de Norteamérica y la prevención que contra nuestros nacionales existe, que ha llegado al colmo de considerar a Colombia como país peligroso e indeseable.

Claro que si un ciudadano delinque en uno que no es el suyo y allí es aprehendido, es apenas natural que en él sea sometido a juzgamiento.

TERCERO: El señor Procurador General de la Nación, doctor Carlos Jiménez Gómez es de criterio de que los artículos 7º y 8º de la Ley 27 de 1980 son inconstitucionales: El primero (7º) hace referencia a la "pena de muerte" y el segundo (8º) a la "extradición de nacionales". Tal criterio lo expuso sobre fundamentos sociológicos, jurídicos y constitucionales en el concepto que dirigió a la Corte Suprema de Justicia —Sala Constitucional— cuando se trató de la "demanda de inexequibilidad contra la Ley 27 de 1980 'por medio de la cual se aprueba el tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979' ".

En lo pertinente al artículo 8º: "Extradición de nacionales" después de formular "algunas consideraciones previas sobre las nociones de "soberanía" y "traslado de poderes", luego de destacar las características de aquella concluye:

«Resultaba entonces, apenas lógico que nuestro ordenamiento constitucional, inspirado en la filosofía política liberal consagrará los principios contenidos en sus artículos 2º, 10, 20, 55 y 105, de los cuales se desprende:

1. Que el ejercicio de funciones públicas se reserva a los órganos de poder señaladas en el Título V de la Carta excepto en la hipótesis que contempla el inciso 2º, ordinal 18, artículo 76.

2. Que dichos órganos de poder público y las autoridades que los conforman, *emanan de la Nación en quien reside esencial y exclusivamente la soberanía.*

3. Que los nacionales colombianos, como base esencial del Estado se hallan sometidos a la Constitución, leyes y autoridades colombianas y quedan cobijados por estas, cualquiera que sea el lugar donde actúen o se encuentren. Es evidente que si los nacionales colombianos no se hallan en el país resulta, en la práctica, casi imposible hacer efectivo en su respecto al ordenamiento jurídico interno. Los tratados internacionales constituyen el medio idóneo para facilitar la aplicación de la ley colombiana a sus propios nacionales. En guarda del principio de reciprocidad el país puede comprometerse a entregar personas extranjeras a sus países de origen, pero de ningún modo el Estado colombiano puede comprometerse a entregar sus nacionales en virtud de hechos definidos en nuestra legislación como delitos pues sería renun-

ciar a la aplicación de la ley y la jurisdicción interna con evidente desconocimiento de los principios contenidos en los artículos 2º, 10, 20, 55 y 105 de la Constitución. Menos aún podría otorgarse la extradición de nacionales acusados de conductas que la ley colombiana no defina como delito.

4. Los órganos del Poder Público deben ejercerlo dentro de los límites que la Constitución establece, el primero de los cuales es, sin duda, que no pueden trasladar sus propias competencias, ni menos aún, las de otras autoridades. La Constitución no autoriza dicho traslado ni entre los órganos internos, ni a autoridades supranacionales (excepto el caso explícitamente previsto en el inciso 2º, ordinal 18, artículo 76) ni menos aún a potencias extranjeras.

No obstante que la extradición de nacionales resultaría violatoria de los principios constitucionales que, para el caso colombiano ya quedaron expuestos y que se hallan casi universalmente consagrados en los ordenamientos constitucionales de los diversos países, en muchos se ha hecho explícita la precisión de que por tratados internacionales se regirá la extradición de *extranjeros* garantizando además que no podrá pactarse para delitos políticos.

En algunos ordenamientos constitucionales se han consagrado disposiciones aún más categóricas. Así en la Constitución Alemana de Weimar (1919) se estableció:

"Ningún alemán puede ser entregado a un Gobierno extranjero para que éste le persiga o *castigue*" (inciso 3º, art. 112).

En la Constitución vigente de la República Federal Alemana (expedida el 23 de mayo de 1949), se dispone:

"Ningún alemán podrá ser entregado al extranjero. Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo (Asylrecht)" (art. 16, ordinal 2º).

De igual modo en la Constitución expedida el 6 de abril de 1968 para la República Democrática Alemana, se prevé:

"Ningún ciudadano de la República Democrática Alemana podrá ser entregado a una potencia extranjera" (art. 33, ordinal 2º).

En Yugoeslavia:

"Los ciudadanos de la República Socialista Federativa de Yugoeslavia no podrán ser privados de la ciudadanía ni desterrados, ni ser objeto de extradición" (inciso 2º, art. 200 de la Constitución).

Igualmente explícita al respecto es la Constitución recientemente expedida en Portugal (2 de abril de 1976):

"No podrán ser objeto de extradición ni expulsión los ciudadanos portugueses del territorio nacional" (ordinal 1º, art. 23).

Tan categóricas precisiones no son extrañas en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos. Así, la Constitución Brasileña expresa:

"No será concedida la extradición de extranjero por delito político o de opinión, y en ningún caso la de brasileño" (numeral 33, art. 141)

En el último inciso del artículo 188 de la Constitución Ecuatoriana, se dejó previsto:

"En ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano".

Igualmente podría leerse en la Constitución Salvadoreña:

"La extradición no podrá estipularse respecto de nacionales, en ningún caso, ni respecto de extranjeros por delitos políticos, aunque por consecuencia de estos resultaren delitos comunes" (inciso 2º, art. 153).

Finalmente resulta ejemplar la disposición contenida en el inciso primero, artículo 23 de la Constitución de Panamá (de evidentes vínculos por filiación e inspiración con el ordenamiento constitucional colombiano) que prevé:

"En ningún tratado internacional de extradición podrá el Estado obligarse a entregar a sus propios nacionales".

Considero por todas las razones expuestas que el artículo 8º del tratado aprobado por el artículo 1º de la Ley 27 de 1980 resulta violatorio de las disposiciones contenidas en los artículos 2º, 10, 20 55, 58 y 105 de la Constitución Política de Colombia».

Por lo que este Magistrado comparte tales planteamientos y conclusión, es por lo que considera que el concepto solicitado dentro de este incidente a la Sala Penal de la Corte ha debido ser adverso a la extradición del nacional colombiano Lucas Gómez Van Grieken.

Y, en este punto repito una vez más que pese a todo lo que en contrario se diga, con relación a la pretendida extradición y llegándose a la conclusión de que la de nacionales quebranta normas de la ley de leyes, tiene vigencia lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución.

"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Es decir, que debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. Lo anterior porque la Corte al resolver sobre la demanda entablada contra la Ley 27 de 1960, se declaró incompetente para conocer de ella. No profirió sentencia de mérito, es decir, no declaró que el tratado, en todo o en parte fuera exequible. En consecuencia, no habiendo fallo de efectos *erga omnes*, es lícito a cualquier funcionario y, algo más, es de su obligación el llegar a la conclusión de choque con la norma superior, aplicar la excepción consagrada en el canon 216 transcrito. De ahí, repito, el que se ajuste a la ley la procedencia de este salvamento de voto con relación al concepto emitido por mis compañeros de Sala.

Para este Magistrado que está firmemente convencido de que la extradición de nacionales colombianos de su patria a un país extranjero es violatoria de la Constitución Política de Colombia, la manera como un Estado puede sacar de Colombia a un nacional de ella, de verdad viene a constituir una verdadera invasión, entendiendo por tal,

a más de la notoria acepción del vocablo, también la de "entrar injustificadamente en funciones ajenas". Se sabe muy bien en qué consiste una invasión militar, puesto que esas se han visto con demasiada frecuencia en vecinas latitudes. Ahora lo que se pretende es una reprochable "invasión jurídica". Porque de esta última naturaleza las ha habido buenas, como la del derecho romano en nuestras instituciones a través del francés o el español o el italiano. Pero la que ahora se planea es de gravísimas e incalculables consecuencias porque, en esa esfera, puede equipararse, en cuanto a la violación de la soberanía, a una invasión militar a las cuales por su continuidad nos están enseñando y acostumbrando y que parece que ya golpearon en las propias puertas de nuestra patria.

Por todo lo expuesto es por lo que con el mayor respeto discrepo de mis compañeros de Sala y por lo que estimo que el concepto de ella ha debido ser adverso a la concesión de la extradición de un nacional colombiano.

Para finalizar, quiero recordar el siguiente documento, sin comentario ninguno:

La Corte Suprema de Justicia de Colombia
Considerando:

Que el seis de mayo del presente año se realizó en el Consulado de los Estados Unidos de América, en su sede de Bogotá, una diligencia judicial en materia penal (recepción de testimonios de ciudadanos colombianos) dentro de un proceso que tramita en ese país la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York, contra varias personas, entre ellas un colombiano, por delitos relacionados con tráfico de narcóticos y "lavado de dólares".

Que para la realización de tal diligencia se trasladaron a Bogotá los funcionarios instructores norteamericanos, los abogados de la defensa y los acusados.

Que en comunicado expedido por la Embajada de los Estados Unidos de América sobre este asunto se afirma que "el Gobierno colombiano fue plenamente informado sobre los preparativos de este trámite judicial".

Que según nota enviada a la Sala Penal de esta Corporación por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, ante ese Ministerio no se cumplió gestión oficial alguna por parte del Gobierno de los Estados Unidos para la práctica de la citada diligencia.

Que tampoco fueron previamente informados de su realización el señor Ministro de Justicia ni el señor Procurador General de la Nación.

Que de acuerdo con comunicado expedido por el señor Ministro de Justicia, la DEA gestionó ante el Ministerio de Defensa de Colombia el traslado de un oficial de la Armada Nacional para rendir testimonio penal ante una Corte Federal de Nueva York, con respuesta negativa

del Ministerio en la que se admitía la posibilidad de que la diligencia pudiera realizarse en Bogotá "previo el lleno de los trámites correspondientes".

Que no existen actualmente tratados internacionales ni convenios bilaterales vigentes entre Estados Unidos de América y Colombia que regulen esta clase de diligencias.

Que en defecto de tales regulaciones han de suplirse las normas que reglamentan esta materia en el Código de Procedimiento Penal Colombiano (arts. 731/32) normas que no se acataron en el presente caso.

Que es deber de la Corte Suprema de Justicia, como cabeza de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, poner en conocimiento de las autoridades pertinentes hechos que puedan atentar contra la soberanía del Estado en el área de su administración de justicia.

Declara:

Que ratifica su decidido ánimo de cooperación con todas las autoridades extranjeras para la represión justa y legal del delito, cualesquiera sean sus autores, la esfera en que se presente y la modalidad que asuma.

Que no puede ser indiferente a la práctica de diligencias judiciales como la realizada en el Consulado de los Estados Unidos de América con sede en Bogotá el seis de mayo pasado, en cuanto se pretermitieron formas legales preestablecidas para ello.

Que se enviará al Procurador General de la Nación la documentación que la Corporación posee sobre este asunto para facilitar a esa entidad la investigación ya iniciada, de acuerdo con su nota del 23 de mayo anterior.

Que manifiesta ante el Gobierno Nacional su extrañeza por el hecho precisado en la presente declaración y su legítima aspiración de que situaciones como esta no se repitan.

Comuníquese al señor Presidente de la República, a los señores Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia, al señor Procurador General de la Nación y a los señores Presidentes del Senado y Cámara de Representantes.

Documento aprobado por la Sala de la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 25 de mayo de 1983 y presentado a la Corporación en Pleno, en sesión de esta misma fecha.

Bogotá, D. E., 26 de octubre de 1983.

Alvaro Luna Gómez, Magistrado.

CAUSAL DE JUSTIFICACION
DECRETO 546 DE 1971

Como el ordenamiento legal que establece el régimen de prestaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional permite al funcionario o empleado incapacitado que cobre los emolumentos cuando la incapacidad no supere el término allí previsto (30 días) es obvio que no puede ser contrario al ordenamiento tomado como totalidad, el ejercicio de ese derecho ni los medios utilizados para hacerlo efectivo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 89 de octubre 20 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en providencia del 30 de mayo del corriente año calificó el mérito del sumario adelantado contra el universitario *Germán Vega Ruiz* quien había sido sindicado por los delitos de abandono del cargo, falsedad y peculado en el desempeño del cargo de Juez Unico Laboral del Circuito de Florencia.

En dicha providencia se llamó a responder en juicio al sindicado Vega Ruiz por el delito de peculado culposo y se le sobreseyó en forma definitiva por los delitos de abuso de autoridad por abandono del cargo y falsedad. Corresponde ahora resolver sobre la consulta en lo relacionado con el delito contra la fe pública.

Hechos:

Se sindicó al Exjuez Germán Vega Ruiz por el hecho de que al término de las vacaciones judiciales no se hizo presente en el juzgado a su cargo. Solamente lo vino a hacer a partir del 18 de enero de 1982; no obstante, firmó la nómina en la cual certificaba su asistencia ininterrumpida al Despacho y cobró el valor correspondiente. Posteriormente manifestó que una grave enfermedad le había impedido presentarse a trabajar con la debida oportunidad.

Resultandos:

1º Se acreditó que el sindicado desempeñaba, para la época de los hechos que se le atribuyen, el cargo de Juez Unico Laboral del Circuito de Florencia. Para comprobarlo se aportó copia del Acuerdo número 027 del 30 de abril de 1981, en virtud del cual el Tribunal de Neiva hizo la pertinente elección, copia del acta de posesión y constancia expedida por el Jefe de Personal de Florencia en la que se atesta que el universitario Germán Vega Ruiz ocupó el citado cargo, en interinidad, desde el 1º de junio de 1981 hasta el 2 de marzo de 1982.

2º Germán Vega Ruiz no asistió al juzgado que se le había confiado entre el 11 y el 17 de enero de 1982. Este hecho está acreditado con las sucesivas actas de visita levantadas por la Procuraduría, con la declaración de los empleados del juzgado y con la propia aceptación que de este hecho hizo el sindicado.

3º A los autos se trajo fotocopia autenticada de la nómina correspondiente y que comprende el lapso que va entre el 11 de enero de 1982 y el último de febrero del mismo año. En este documento el juez sindicado certificó que "...los empleados que figuran en la presente nómina han laborado el tiempo estipulado en ella".

4º Rindió diligencia de indagatoria el universitario Germán Vega Ruiz, quien manifestó que evidentemente no se había reintegrado al cargo de Juez Unico Laboral del Circuito que desempeñaba, luego de cumplido el período legal de vacaciones "...ya que me encontraba enfermo grave en la ciudad de Bogotá, tal como lo certifica la doctora María Cecilia Mendoza, la cual me atendió y me dio la incapacidad correspondiente, la que presenté oportunamente ante el Tribunal Superior de Neiva". Afirmó que desde hace bastante tiempo viene padeciendo sinusitis que le produce "embotamiento, poca capacidad de análisis, cansancio mental" y que por ello no pudo informar de inmediato sobre su enfermedad. Anotó que no acudió a la Caja Nacional de Previsión porque la Seccional de Florencia no le había expedido carné y por cuanto es demasiado dilatado el trámite que debe hacerse en Bogotá para que se conceda una cita médica.

Reconoció haber firmado la nómina y cobrado el sueldo, cobró por cuanto no le fue nombrado reemplazo y además, por cuanto el dinero percibido inferior al sueldo que le correspondía, pues en él no se reconocía el reajuste a que tenía derecho. En relación con la firma en la nómina dijo: "...esta nómina fue firmada por mi persona en forma rutinaria y sin leer lo que en ella se encontraba escrito, ya que así acostumbraba a hacerlo y en ningún momento firmé esta certificación con la intención de defraudar al Fisco Nacional, es decir que si estampé esta firma certificando un hecho que no ocurrió no lo hice en forma dolosa, pues en ningún momento ha sido mi intención cobrar dineros que no me corresponden justamente".

Afirmó que estaba dispuesto a reintegrar el dinero que fuera necesario y, posteriormente, su apoderado presentó un título de consignación por la suma de $ 9.000.oo "...con el único y exclusivo fin de reintegrar el dinero que posiblemente por nómina, en forma involuntaria, cobró mi procurado".

5º La doctora Cecilia Mendoza Dávila, con fecha 10 de enero de 1982, certificó que Germán Vega Ruiz "...se encuentra incapacitado a partir de la fecha hasta el día 17 del presente mes por presentar sinusitis aguda".

Se aportaron varias boletas que acreditan que el sindicado tuvo frecuente necesidad de acudir al médico en los últimos meses de 1981 y en los primeros de 1982. Así mismo se allegó al expediente radiografías tomadas al sindicado.

6º El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la medida consultada, por cuanto es un hecho probado que el juez no asistió a su despacho del 11 al 17 de enero de 1982 debido a la enfermedad que padecía. Es verdad que la nómina que firmó no corresponde integralmente a la verdad, pero el artículo 17 del Decreto 546 de 1971, señala que "en los casos de enfermedad no profesional y accidentes de trabajo que no produzcan invalidez, el funcionario lesionado no perderá su empleo, y cuando la incapacidad para trabajar fuere superior a treinta días deberá ser reemplazado transitoriamente por un interino, pero la licencia por enfermedad no interrumpirá el tiempo de servicio". De manera que de acuerdo con esta disposición el funcionario tenía derecho a recibir completa su remuneración, porque la incapacidad no sobrepasó los 30 días, ni se le nombró reemplazo durante la incapacidad.

Consideraciones de la Corte:

En el auto calificatorio se tomaron tres determinaciones de fondo: a) Se llamó a responder en juicio al procesado por el delito de peculado; b) Se le sobreseyó definitivamente por el delito de abuso de autoridad en su modalidad de abandono del cargo, y c) Se le sobreseyó definitivamente por el delito de falsedad documental. La Sala se ocupará únicamente del estudio del sobreseimiento definitivo por el investigado atentado contra la fe pública, pues el auto enjuiciatorio no fue recurrido y el sobreseimiento definitivo por el abuso de autoridad no es consultable, por cuanto este ilícito tipificado en el artículo 156 del Código Penal, no tiene prevista pena privativa de la libertad que exceda de cinco años (Ley 17 de 1975, art. 1º).

El Tribunal de Florencia sobreseyó definitivamente al imputado bajo la consideración de que si bien es cierto que éste faltó siete días a su oficina, firmó la nómina de manera rutinaria y sin advertir lo que en ella aparecía consignado. Es decir, que el juez sindicado procedio en forma culposa, pero como el delito de falsedad documental no admite la forma culposa, ninguna responsabilidad le cabe al sindicado.

A juicio de la Sala es incuestionable que *la conducta que se estudia es típica, por cuanto un funcionario público, en el desempeño de sus funciones, hizo una atestación que no correspondía a la verdad. Tal afirmación falsa aparece en la nómina por cuanto en ella se consignó que todos los empleados relacionados habían trabajado entre el 11 y el 28 de febrero de 1982, cuando lo veraz era que el juez dejó de laborar entre el 11 y el 17 del mes de enero de ese año.*

No obstante, el comportamiento típico que se atribuye al sindicado no es antijurídico porque actuó dentro de una causal de justificación. En efecto, el Decreto 546 de 1971, que consagra el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados del poder judicial y del Ministerio Público, en su artículo 19, dispone que en los casos de enfermedad, profesional o no profesional o de accidente de trabajo, el funcionario no perderá su empleo y sólo cuando la incapacidad para trabajar fuere superior a treinta días deberá ser reemplazado transitoriamente por un interino. Esto es, que como en el presente caso la incapacidad no superó el término de siete días, no era necesario el nombramiento de un reemplazo y, por lo tanto, el funcionario incapacitado tenía derecho a percibir los emolumentos que por el término de incapacidad legalmente le correspondían.

Señala el numeral tercero del artículo 29 del Código Penal que el hecho se justifica cuando se comete en legítimo ejercicio de un derecho. Como el ordenamiento legal que establece el régimen de prestaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional permite al funcionario o empleado incapacitado que cobre los emolumentos cuando la incapacidad no supere el término allí previsto, es obvio que no puede ser contrario al ordenamiento tomado como totalidad, el ejercicio de ese derecho ni los medios utilizados para hacerlo efectivo.

En efecto, no puede ser contrario a derecho la conducta que, por otra parte está permitida por el ordenamiento, especialmente cuando su realización ocurre dentro de los límites señalados en la norma que consagra ese derecho. En el caso presente, se acreditó a cabalidad la existencia de una incapacidad para trabajar, que tal incapacidad no superó el límite previsto en las disposiciones sobre el régimen prestacional y que el procesado se reintegró luego de superado el término de la incapacidad, de modo que la conducta típica atribuida al agente se halla legalmente justificada.

En estas condiciones el auto consultado merecerá confirmación, como lo demanda el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con las aclaraciones relacionadas con la motivación que atrás quedaron consignadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal,

Resuelve:

Confirmar el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EXTRADICION

La concesión de la extradición de una o varias personas no equivale, en modo alguno, a un proceso criminal ni al juzgamiento de la persona o personas cuya extradición se solicita o se concede, pues sus efectos se hallan circunscritos a su aprehensión y entrega para ser juzgadas posteriormente, según las leyes vigentes en la legislación penal procesal del Estado requirente. Se trata de un procedimiento puramente administrativo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 90.

Vistos:

Cumplido el procedimiento legal señalado al efecto en el Código de Procedimiento Penal, procede la Corte a rendir concepto en relación con la solicitud de extradición del detenido *Emiro de Jesús Mejía Romero,* presentada al Gobierno de Colombia por el de los Estados Unidos de Norteamérica y debidamente formalizada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país mediante la nota diplomática número 200 de 7 de abril del año en curso.

Resultando:

1. La Embajada de los Estados Unidos de América, mediante la nota verbal número 200 de 7 de abril de este año, solicitó al Gobierno de Colombia la extradición del señor Emiro de Jesús Mejía Romero de conformidad con las disposiciones del tratado correspondiente celebrado entre los dos Gobierno el día 14 de septiembre de 1979, que fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980 y publicado en el Diario Oficial número 35643 del día 14 de los mismos mes y año, en vigor desde el 4 de marzo del año pasado, fecha del canje de los instrumentos de ratificación y, por último, declarado legalmente vigente para Colombia mediante el Decreto número 1781 del 17 de junio, también de ese año.

2. La extradición del señor Mejía Romero ha sido solicitada por haber sido acusado por el gran jurado ante el Tribunal Federal del Distrito Sur de Florida (Causa número 82-576-Cr-EPS) "de varias

infracciones de las leyes penales sobre drogas de los Estados Unidos de América, en particular las que se refieren a la distribución y encubrimiento de ingresos obtenidos del tráfico de drogas" y, conjuntamente, "de una conspiración conexa, a saber, la asociación ilícita y acuerdo mutuo (del demandado) y otros para llevar a cabo una actividad ilícita, a saber, el tráfico de drogas y la distribución de los ingresos obtenidos del mismo".

En la declaración jurada rendida por el Fiscal Federal Auxiliar, encargado de la acusación, se describen así los cargos:

"...los demandados ejecutaron actos con miras a cometer dichos delitos, aunque no es necesario probar que los delitos fueron consumados. Este delito, según la Sección 371, Título 18 del Código de los Estados Unidos, se denomina conspiración, pero no tiene nada que ver con un delito político. Por otra parte, esta disposición es, al parecer, muy similar a las disposiciones del Código Penal Colombiano sobre 'asociación e instigación de delincuencia y elogio de delito', al menos en lo que se refiere a las disposiciones que se contienen en la codificación de 1967, específicamente en el artículo 208 (enmendado por Decreto 2525 del 21 de octubre de 1963, art. 3). Esta correspondencia entre la ley de conspiración de los Estados Unidos y la ley colombiana sobre asociación ilícita se pone también de manifiesto en el artículo 24 (b) del tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito en Washington el 14 de septiembre de 1979. Según tengo también entendido, el Decreto-ley colombiano número 1188 del 25 de junio de 1974 considera un delito importar y distribuir drogas, para cuyo fin los susodichos demandados formaron una asociación. La pena máxima aplicable a una infracción de la Sección 371, Título 18 del Código de los Estados Unidos, es de cinco (5) años de reclusión y de una multa de 10.000 dólares..." (fls. 64 a 65).

"....."

"...los delitos que se acusan en el Cargo II de la presente acusación del gran jurado podrían haber sido procesados en Colombia si los delitos se hubieran cometido allí en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal Colombiano (en su versión de 1967) y cláusula 38 del Decreto-ley colombiano número 1188 del 25 de junio de 1974, por cuanto que los demandados ayudaron a otros traficantes de drogas al distribuir el dinero ilegalmente obtenido conforme a acuerdos y promesas a tal efecto hechas antes de cometer dicho delito de tráfico de drogas. Cada infracción de la Sección 1952, Título 18 del Código de los Estados Unidos, será castigada con un término de reclusión de 5 años y una multa de 10.000 dólares..." (fl. 66).

La acusación hecha por el gran jurado se especifica en los siguientes términos:

"...Emiro Mejías

"...Gloria de Mejías

"...Armando Tejada

"...y

"...Nurys Tejada

"...a sabiendas e intencionalmente, se asociaron, conspiraron, se mancomunaron y pusieron de acuerdo entre sí y con otras personas, tanto conocidas como desconocidas del gran jurado, para cometer delitos contra los Estados Unidos, a saber, viajar o hacer que se viajara en el comercio interestatal y exterior y utilizar y hacer que se utilizaran servicios del comercio interestatal y exterior, con la intención de distribuir los ingresos obtenidos de una actividad ilícita, y de otro modo promover, dirigir, organizar, realizar y facilitar la promoción, dirección, organización y realización de una actividad ilícita, a saber, una empresa comercial dedicada a la distribución de sustancias controladas, en contravención del Título 21 y de la Sección 1952 del Título 18 del Código de los Estados Unidos... (fl. 76).

"....."

"...Emiro Mejías

"...y

"...Gloria de Mejías

"...utilizaron e hicieron que se utilizara un servicio en el comercio exterior, a saber, una comunicación telegráfica, desde Miami, Florida, a la República de Colombia, con la intención de distribuir las ganancias obtenidas de una actividad ilícita y de promover, dirigir, organizar, realizar y facilitar la promoción, dirección, organización y realización de la misma, que consistió en una empresa comercial dedicada a la importación y distribución de sustancias controladas, en contravención del Título 21 del Código de los Estados Unidos, y en adelante, a sabiendas e intencionalmente, ejecutaron actos encaminados a distribuir las ganancias obtenidas de dicha actividad ilícita y promover, dirigir, organizar, realizar y facilitar la promoción, dirección, organización y realización de la misma..."

"...Todo lo cual en contravención de las Secciones 1952 y 2, Título 18 del Código de los Estados Unidos..." (fls. 77 a 78).

Los delitos por los cuales se formulan las acusaciones son los de "receptación o transporte de dinero, valores u otros bienes, a sabiendas de que han sido obtenidos ilícitamente" y "contra las leyes relativas al tráfico, la posesión, la producción o la elaboración de estupefacientes, cannabis, drogas alucinógenas, cocaína y sus derivados u otras sustancias que producen dependencia física o psíquica".

3. La extradición del señor Mejía Romero ha sido solicitada con fundamento en el artículo 20 del tratado, según el cual las disposiciones de éste se aplicarán a los delitos en él previstos "cometidos antes y después de la fecha de (su) entrada en vigor", salvo, "por hechos realizados antes de esta fecha, que según las leyes de ambas partes contratantes no constituían delito al momento de su comisión" y según el artículo 8º, conforme al cual, "se concederá la extradición de nacionales, de conformidad con las disposiciones del (...) tratado:

"...a) Cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en el territorio de ambos Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente..."

4. A la extradición se ha opuesto el señor apoderado del detenido Mejía Romero fundado, sustancialmente, en las siguientes consideraciones:

a) No existe equivalencia entre el auto de proceder del Código de Procedimiento Penal Colombiano y la acusación que en los Estados Unidos se formula por el gran jurado:

"...en el sistema acusatorio institucionalizado en los Estados Unidos de América, que en este evento obra como Estado requirente en virtud del tratado de extradición aprobado por la Ley 27 de 1980, existe una etapa procesal llamada *'indictment'* o acusación del gran jurado, en la cual se formulan cargos a una persona de ser autora o partícipe de algunos hechos considerados como delitos, pero hasta esa etapa aún no se le ha probado a la persona la comisión de los hechos considerados como tales. Es el caso en que se encuentra mi poderdante, Emiro de Jesús Mejía Romero. La prueba de la existencia del delito y su autoría se produce en otra etapa procesal, el *'arraignment'*. Es en el plenario donde se controvierten los hechos conocidos por los diferentes medios probatorios, es decir, cuando la persona acusada está siendo oída. Hasta la presente, los cargos formulados contra mi poderdante no han sido confrontados ni controvertidos, aún no hay certeza, convicción por parte del juez de la causa. La prueba es la resultante de la valoración de los diversos medios empleados para que el juez llegue a la convicción sobre los hechos. Esta certeza, esta convicción, este juicio de valor sólo se produce cuando los hechos y los medios probatorios han sido controvertidos por la persona acusada. Hasta la presente mi poderdante, Emiro de Jesús Mejía Romero, es sólo pasible de una acusación del gran jurado del Tribunal Federal del Distrito Sur de Florida. Aún no se han controvertido los medios probatorios y los hechos que fundamentan la acusación; en otros términos, no se han probado el delito ni el elemento subjetivo de éste, o sea su autoría..." (fl. 66, cuaderno de la Corte).

b) Las disposiciones del tratado no pueden aplicarse retroactivamente:

"...las fechas en que presuntamente sucedieron esos hechos es anterior a la entrada en vigencia del tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América, pues éste comenzó a regir a partir del 4 de marzo de 1982, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 1781 de junio 17 de 1982..."

"...El tratado de extradición mencionado en su artículo 20 contempla su aplicación retroactiva en los siguientes términos:

"...Artículo 20. Alcance de la aplicación. Este tratado se aplicará a los delitos previstos en el artículo 2, cometidos antes y después de la fecha de entrada en vigor del presente tratado. Sin embargo, no se concederá la extradición por hechos realizados antes de dicha fecha, que según las leyes de ambas partes contratantes no constituían delito al momento de su comisión..."

"...La disposición precitada viola en forma ostensible principios universales del derecho penal consagrados tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas como en los pactos multilaterales, así: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, aprobada por la Ley 16 de 1972, y la Constitución Nacional en sus artículos 26 y 28..." (fl. 67 *ídem*).

c) No se da, respecto del detenido, el requisito de la doble incriminación:

"...(la contravención de la Sección 371, Título 18 del Código de los Estados Unidos) es 'una simple operación cambiaria consistente en el giro de dólares norteamericanos a Colombia para ser cambiados por moneda nacional'. Esta operación cambiaria o el giro de cualquier otra divisa extranjera a Colombia no está tipificada como delito en nuestra legislación penal. El cargo 'conspiración' de la legislación penal estadounidense sería similar al concierto para delinquir, artículo 186 de nuestro Código Penal, pero el presunto hecho considerado como delito por el gran jurado, cometido a través de los tipos penales anteriores resulta incompleto, por cuanto la operación cambiaria antes mencionada no es delito en Colombia. Tampoco se daría entonces el concierto para delinquir de nuestra legislación, porque éste se tipifica por la intención de las personas de cometer delito. Como se ve en forma ostensible, no se da el principio de la *doble incriminación*, principio que rige la extradición como institución de Derecho Internacional y que, de contera, está preceptuado en los artículos 1 y 2 del tratado de extradición que nos ocupa..."

Considerando:

1. *No es posible desconocer la evidente equivalencia que existe, respecto de la acusación, entre el procedimiento acusatorio consagrado en la legislación procesal de los Estados Unidos de Norteamérica y el procedimiento mixto (predominantemente inquisitorio en el sumario y fundamentalmente acusatorio en el juicio) consagrado en el procedimiento penal colombiano, entre los cuales la más sobresaliente y, por tanto, más característica diferencia consiste en que en aquél las diligencias previas tendientes al descubrimiento de los hechos delictuosos y a la determinación de los autores se realiza por el Ministerio Público, con la intervención de entidades estatales especializadas en la lucha contra el delito, en tanto que en la legislación nacional las diligencias previas y la investigación sumaria se adelantan por los propios jueces, de ordinario, con la participación de entidades también especializadas, como la Policía Judicial y el Departamento Administrativo de Seguridad.*

El Fiscal Federal Auxiliar del Distrito Sur de Florida explica, en efecto, que la acusación contra Mejía Romero y otros fue el resultado de una prolongada y paciente averiguación oficial que se extendió a lo largo de dieciocho (18) meses y que sólo cuando se obtuvo el acopio de pruebas suficientes para establecer debidamente la existencia de los delitos de tráfico de estupefacientes y de asociación para delinquir

y para identificar a sus autores, la acusación fue concretada ante el Tribunal Federal del Distrito Sur de Florida para el correspondiente juzgamiento judicial:

"...10. La acusación del gran jurado fue el resultado de una investigación de las actividades de dichos individuos y otros que duró año y medio. Esta formó parte de una delicada y larga operación secreta iniciada en abril de 1981 por la Oficina del Distrito de Miami de la Dirección de Lucha contra las Drogas (DEA), Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y conocida por el nombre en clave de 'Operación Pez de Espada'. El objeto de la misma era identificar y penetrar organizaciones importantes dedicadas al tráfico de estupefacientes, operando como una empresa inversionista internacional y ofreciendo a dichas organizaciones un medio para administrar los ingresos obtenidos de sus actividades de tráfico de drogas y evitar que fueran detectados por las autoridades representantes de la ley. En síntesis, la 'Operación Pez de Espada' estaba formada por un grupo de agentes secretos y confidentes que se hacían pasar por 'expertos en encubrimiento clandestino de dinero sucio', escudados en una tienda frontal de inversiones financieras. En el curso de dicha operación, se identificaron varias organizaciones de alto nivel dedicadas al tráfico de estupefacientes y se presentaron numerosas acusaciones del gran jurado, incluida la que se menciona en el párrafo 4. La investigación 'Operación Pez de Espada' identificó a personas que se dedicaban al tráfico de drogas e indagó la distribución del dinero que obtuvieron las mismas de la venta de las drogas hasta identificar a individuos y cuentas bancarias en los EE.UU. y a individuos y cuentas bancarias en otros países, sobre todo en Colombia y Panamá..."

"...11. Los demandados y otras personas utilizaron la empresa fingida conocida como Dean Internacional Investments, Inc. ('Dean'), para evitar la detección de su dinero por las autoridades representantes de la ley y transferirlo a otros países con un doble fin, a saber, financiar las drogas introducidas de contrabando en los Estados Unidos y efectuar depósitos en cuentas extranjeras. Los demandados y otros utilizaron también la Dean para depositar ilegalmente los ingresos obtenidos del tráfico de drogas en cuentas bancarias en los Estados Unidos sin identificar la procedencia de los fondos, e intercambiar su dinero por cheques de caja, así como tramitar giros telegráficos a otros Estados y países. En la acusación del gran jurado se acusa a los demandados, entre otras cosas, de los delitos de participar en asociaciones criminales para distribuir el dinero obtenido de la venta de estupefacientes..." (fls. 63 a 64).

Señala el mismo Fiscal, igualmente, el procedimiento y los requisitos necesarios para sustentar dicha acusación:

"...De acuerdo con las leyes estadounidenses, los procesamientos criminales podrán ser iniciados por un gran jurado mediante la presentación y el registro por el mismo de una acusación en la Secretaría del Tribunal de Distrito. El gran jurado está constituido por un mínimo de dieciséis (16) personas seleccionadas al azar por el Tribunal de Distrito Federal entre los residentes del Distrito Sur de Florida. El gran jurado forma parte del Poder Judicial del Estado. La función del mismo es examinar las pruebas de los delitos presentadas por las

autoridades estadounidenses representantes de la ley. Tras examinar independientemente dichas pruebas, cada uno de los miembros del gran jurado debe determinar y votar si existe causa presunta para creer que se ha cometido un delito, y que el demandado lo perpetró. Cuando doce miembros, como mínimo, del gran jurado votan afirmativamente que el demandado ha cometido el delito o delitos, el gran jurado puede presentar entonces una acusación. La acusación del gran jurado es un documento escrito oficial en el que se acusa al demandado del delito o delitos y se describen las leyes específicas de que se acusa de infringir el demandado, y contiene una descripción sumaria de los actos del demandado que se alegan son contravenciones de la ley. Después de presentar el gran jurado la acusación, el Secretario del Tribunal de Distrito Federal, por orden del Juez del Tribunal, expide un auto de arresto para la detención del demandado o los demandados..." (fls. 62 a 63).

No se ve, por consiguiente, diferencia sustancial alguna entre la formulación del pliego de cargos en una y en otra legislación, mucho menos si la acusación en la legislación de ambos países resulta más semejante que la que se observa como resultado de comparar el procedimiento ordinario y el de los Consejos Verbales de Guerra de nuestra propia legislación, en el último de los cuales no se requiere investigación previa y la simple redacción de los cuestionarios, sometidos a la decisión de los correspondientes vocales, ha sido tradicionalmente considerada por la Corte, pieza procesal equivalente al llamamiento a juicio en la legislación ordinaria.

2. *No puede la Sala de Casación Penal, tampoco, analizar las cláusulas de un tratado público para decidir si alguna o algunas o todas sus disposiciones quebrantan las de otros tratados internacionales o las de la propia Constitución Política del país, función que ésta ha conferido, privativamente, a la Sala Plena de la Corporación, previo estudio de su Sala Constitucional.*

Y como los tratados públicos, conforme a vieja y hasta hace poco indiscutible jurisprudencia de la Corporación en pleno, escapan al juicio de constitucionalidad, aún para ella misma, que es la encargada de la guarda de su integridad, por razones que pueden o no compartirse y que no se aceptan ahora por buen número de Magistrados, resulta indiscutible que nadie puede hacer lo que la propia Corte ha dicho que no puede hacerse, mucho menos una de las Salas de Casación que la integran.

No debe perderse de vista, además, que la solicitud y, en su caso, la concesión de la extradición de una o varias personas no equivale, en modo alguno, a un proceso criminal ni al juzgamiento de la persona o personas cuya extradición se solicita o se concede, pues sus efectos se hallan circunscritos a su aprehensión y entrega para ser juzgadas posteriormente entonces sí, según las leyes vigentes en la legislación penal procesal del Estado requirente.

En suma, se trata de un procedimiento puramente administrativo y, por consiguiente, ajeno al trámite, a los términos, a los recursos y a las actuaciones propias del juzgamiento criminal tutelado en el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia.

No debe olvidarse, tampoco, que de conformidad con el artículo 20 del tratado "no se concederá la extradición antes de dicha fecha (la de su entrada en vigor), que según las leyes de ambas partes contratantes no constituían delito al momento de su comisión" (irretroactividad de la ley penal consagrada en los artículos 23, 26 y 28 de la Constitución Nacional).

3. No es cierto, finalmente, que respecto de la asociación permanente del detenido Mejía Romero con otras personas para introducir a los Estados Unidos las drogas, para procesarlas y venderlas en dicho país, y por consiguiente, para cometer las demás infracciones penales que resultara necesario para la obtención de esos fines y para el ocultamiento de las ganancias ilícitas producto de la delincuencia, no se dé, como lo pretende su apoderado, el requisito de la doble incriminación.

En concepto de 20 de los corrientes (Expediente Nº 28157) dijo a este respecto la Sala que el hecho de haberse asociado permanentemente el detenido con otras personas para introducir a los Estados Unidos drogas controladas por la legislación de ambos países, para ocultar el producto de esa actividad ilícita y para cometer los delitos que resultare necesario para lograr esas dos finalidades constituye, sin lugar a dudas, tanto el delito de tráfico de estupefacientes, como el de asociación o concierto para delinquir:

"...porque con fundamento en el artículo 2-4-a la conspiración (Título 18, Sección 371 del C. de EE.UU.) por ser conducta que al estar vinculada a otras infracciones vendría a constituir en Colombia la que el Código Penal de 1936 denominaba asociación para delinquir (art. 208) y el actual estatuto penal concierto para deliquir (art. 186); y, por último, porque, al amparo de cualquier crítica de orden técnico-jurídico, el tratado equipara los dos tipos penales anteriores para los efectos de la extradición cuando ordena: 'También se concederá por la asociación para delinquir contemplada en la legislación colombiana y por la conspiración prevista en la legislación de los Estados Unidos de América'..."

"...Para satisfacer la exigencia del artículo 2-3 del tratado basta saber que la conspiración y el concierto para deliquir se encuentran sancionados en uno y otro país con pena privativa de la libertad superior a un año. Pero, si a estos se suman las otras violaciones imputadas no queda duda de que ese límite está superado..."

Aunque la extradición de nacionales no ha sido objetada aquí, no sobra recordar lo que en esta materia ha dicho la Sala tradicionalmente y reiterado recientemente en el siguiente concepto:

"...tanto el estatuto penal de 1936 como el actual establecen la primacía de los tratados internacionales sobre la ley doméstica; pero en cuanto a la situación de los nacionales colombianos hubo importantes modificación: En efecto, mientras el código anterior prohibía su extradición (art. 9º), el que hoy rige dispone, en cambio, que 'la

extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos'..."

"....."

"...Síguese, pues, de conformidad con tales preceptos, que si en un tratado público sobre extradición suscrita por Colombia se autoriza, o al menos, no se prohíbe la concesión o solicitud de extradición de nacionales colombianos, el Gobierno no podría negarse a extraditarlos por razones de nacionalidad..." (Concepto 6 de julio de 1983, Acta Nº 60).

Entre otros conceptos anteriores rendidos por la Sala, basta recordar el de 20 de marzo de 1972 en el que, con ponencia del doctor Julio Roncallo Acosta, la Corte estimó que el gobierno de nuestro país podía acceder a la del ciudadano colombiano José Alvaro Córdoba Bojassen solicitada por la Embajada de los Estados Unidos de América ante nuestro país.

Dijo entonces la Corte:

"...c) Prevaleciendo el principio de que en la materia rigen preferentemente los tratados públicos, es preciso aceptar que la norma contenida en el último inciso del citado artículo 9º, según la cual 'no se concederá la extradición de colombianos ni la de delicuentes político-sociales', sólo habrá de aplicarse cuando dichos tratados— que son leyes de la República— guarden silencio sobre el particular, o cuando no contengan estipulaciones contrarias o diferentes..."

"...d) Según el artículo 20 de la Ley 66 de 1888, es enteramente discrecional de las altas partes contratantes (Colombia y Estados Unidos de América) entregar sus propios ciudadanos, estipulación que desde luego difiere de la tajante prohibición que el artículo 9º del Código Penal consagra en su tercer inciso. Prevalece, en consecuencia, aquella sobre ésta, y ello significa que es facultativo para el Gobierno de Colombia, en el presente caso, entregar al ciudadano reclamado..." (*Gaceta Judicial*, T. CXLII, números 2352 a 2357, pág. 295).

La Sala reitera, una vez más, este criterio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *conceptúa favorablemente* a la extradición del ciudadano colombiano Emiro de Jesús Mejía Romero, actualmente detenido, con ese objeto, en el Centro Nacional de Rehabilitación *Modelo* de Bogotá.

Devuélvase la actuación.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

1º CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION O DE ATENUACION PUNITIVA

Es de obligación ineludible consignarlas, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa

2º AUTO ENJUICIATORIO

Análisis probatorio

Cuando la afirmación escueta corresponde a un hecho evidente o al menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para dificultar la defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 92.

Vistos:

Contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 28 de octubre de 1982, interpuso el procesado *Reinaldo Vargas Rojas* recurso extraordinario de casación, pues confirmó la que dictó el Juzgado Unico Superior de Chaparral del 1º de agosto de ese mismo año, por medio de la cual fue condenado a la pena principal de 16 años de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en Manuel Salvador Hernández Flórez.

Hechos:

Quedaron resumidos en la siguiente forma:

"...Dan cuenta los autos que en las horas de la tarde del día jueves 22 de mayo del año de 1980, el sujeto Reinaldo Vargas Rojas entró a la casa de su suegro señor Manuel Salvador Hernández Flórez, y al llegar allí alzó a su pequeño hijo y como éste llorara procedió a pegarle haciendo uso de un serrucho, lo cual motivó la intervención del abuelo del menor quien trató de impedir que se castigara en esa

forma al niño, situación que fue suficiente para que Reinaldo Vargas Rojas procediera a golpear a Manuel Salvador Hernández Flórez y posteriormente le causara una lesión que le ocasionó la muerte en pocos minutos..."

La demanda:

Al amparo de las causales primera y cuarta de casación (art. 580-1-4 del C. de P. P.), formula a la sentencia tres cargos que pasan a sintetizarse en el orden propuesto por el demandante.

1. *Causal cuarta.*

Sostiene que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad de rango constitucional consistente en haberse violado las formas propias del juicio, que garantizan el derecho de defensa, al no haberse cumplido con ordenaciones del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

a) Primer cargo. Se condenó al procesado teniendo en cuenta dos circunstancias genéricas de agravación que no quedaron consignadas en el auto calificatorio (art. 483-3 del C. de P. P.).

Sobre el punto aduce:

"...en la sentencia condenatoria, confirmada por el Tribunal, sin que se hubieran formulado en el auto de proceder, se dedujeron otras causales de agravación de las contenidas en la parte general del Código Penal. En efecto, sin más argumentación que el simple enunciado, se dijo que aparecían en contra de mi defendido circunstancias de agravación, a saber:

1. Haber obrado por motivos fútiles.

2. Haber abusado de las condiciones de inferioridad del ofendido, ya que se trataba de un anciano pacífico e indefenso.

Basta la simple comparación de la sentencia de primera instancia con el auto de proceder, para concluir que las circunstancias genéricas de agravación deducidas en la sentencia, no fueron formuladas, ni siquiera enunciadas en el auto de proceder..."

b) Segundo cargo. Se condenó al procesado con la agravación específica de tener parentesco con su víctima sin hacer el análisis probatorio para fundar la imputación (art. 483-2 del C. de P. P.).

Al respecto expresa:

"...se ha atribuido a mi defendido el homicidio de una persona, que es un cargo personal y directo; al mismo tiempo, se dijo en el auto de proceder que la víctima de tal delito tenía la calidad de suegro del supuesto victimario, sin que se hiciera un análisis probatorio que permitiera corroborar lo afirmado, al mismo tiempo que se señalaba al procesado cuales eran los fundamentos de tal aseveración.

"En el auto de proceder se señalan los hechos por los cuales se imputa al procesado, acompañado del análisis de las pruebas en que se funda la imputación. Sobre los puntos contenidos en el auto vocatorio a juicio girará la actividad procesal de la defensa. Pero resulta honorables Magistrados que no se sabe a ciencia cierta de donde extrajo el juzgador los fundamentos de su conclusión, resultando muy difícil establecer cuál fue el soporte probatorio que tuvo en cuenta para tal deducción, no siendo de los resortes del procesado presumir el juicio de valor que hizo..."

2. *Causal primera.*

La presenta como subsidiaria. Ataca la sentencia por haberse dictado con violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la apreciación probatoria de unos testimonios, al declarar con ellos probada la agravante específica del parentesco.

En efecto, discurre:

"...La prueba del estado civil de las personas, no puede dejarse a la libre voluntad de los particulares; por este hecho su constitución debe realizarse mediante la intervención de funcionarios públicos, quienes la deben inscribir en el registro civil.

"Según los artículos 67 a 72 del Decreto 1260 de 1970, señala que el registro de matrimonio comprenderá: Nombres de los contrayentes, fecha, lugar, parroquia o sacerdote, o juez que lo celebró, y la constancia de copias auténticas del acta parroquial o de la escritura de protocolización del matrimonio civil.

"Todas las anteriores circunstancias, debían haber sido por lo menos demostradas, para ahí si poder deducir el vínculo de parentesco y en consecuencia la causal de agravación.

"Nuestro estatuto procesal penal exige que se demuestren las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió el delito; de igual forma esas circunstancias se predican de las causales de agravación, en cuanto a sus connotaciones se refiere, en este caso el parentesco..."

Finalmente, agrega:

"...los testimonios que han sido objeto de crítica no pueden tener el carácter de prueba plena y completa, como lo requiere el artículo 217 en concordancia con el artículo 215 del estatuto procesal penal. Lo anterior, en virtud de que el testimonio de esas personas con aseveraciones escuetas no pueden suplir, para el caso concreto, la prueba del estado civil del procesado necesaria para deducir la agravante.

"El Tribunal incurrió, pues, en gravísimo error de derecho, pues no apreció los testimonios conforme a las normas críticas, dejando su examen a un lado y afirmándose sólo en lo que calificó, sin ningún razonamiento, como agravante de responsabilidad por el parentesco..."

El Ministerio Público:

Para pedir que se deseche el recurso de casación, rebate los cargos de la demanda con los siguientes argumentos:

1. *Causal cuarta.*

a) Cargo primero.

"...El artículo 483, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal exige efectivamente que en el auto de proceder se precise la calificación genérica, con las circunstancias respectivas, en cuanto impliquen una modalidad especial, esto es, que configuren una especie del delito o constituyan motivos de agravación o atenuación expresamente previstos en la ley, en las infracciones correspondientes; pero no exige que se mencionen circunstancias genéricas que se contemplarán para la graduación de la sanción en la sentencia; sin que por tanto por este aspecto, pueda entenderse, en sentido estricto que se quebrante una forma del juicio, pues esta exigencia o enumeración, no se encuentra expresamente prevista y por consiguiente no puede tener este efecto.

"En tal forma, esta sola omisión de enumeración que la ley no prevé y que no puede por tanto exigirse no alcanza el efecto de nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio, especialmente si se hace referencia a situaciones personales del acusado en relación con el hecho, pero que surgen de las demostraciones procesales y que pueden por tanto estimarse entendidas en la calificación genérica..."

b) Cargo segundo.

"...Desde el punto de vista de la alegación concreta del demandante, de no haberse analizado la prueba, se observa que el auto de proceder consigna expresamente la circunstancia, con fundamento en las pruebas que enuncia y a las cuales se refiere, sin que en consecuencia sea admisible la alegación; esta afirmación de un hecho concreto, suficientemente sostenido por los testigos a través del proceso, es suficiente para concluir que la impugnación no tiene fundamento alguno, pues se deduce que el Tribunal y el juez dieron valor bastante a tales pruebas, en cuanto consideraron acreditaban el hecho referido.

"Si tal es la situación contemplada en cuanto a la agravante, resulta sin base alguna la aseveración de que el procesado y su defensa no tuvieron certeza o desconocieron las pruebas que fundaban la agravante, relación que no desconocieron a través del proceso y de las alegaciones presentadas..."

2. *Causal primera.*

"...debe advertirse que es válida la argumentación o razonamiento que también desconoce el recurrente, en el sentido de que en materia penal no existe la restricción probatoria, sino que los hechos pueden acreditarse por los medios de convicción que contempla la ley, como ocurre con el testimonio en el presente caso; sin que sean aplicables las normas civiles, concebidas con finalidades distintas, de

relaciones familiares y patrimoniales, de pleno efecto en los aspectos y materias para los cuales fueron dictadas, pero que no pueden aplicarse en la misma forma en asuntos penales, cuya naturaleza y régimen probatorio son distintos y se conforman a su naturaleza.

"Así, por otra parte lo contempla la norma procesal penal al decir en forma expresa que '...los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que esta sea, podrán demostrarse con los medios ordinarios de prueba...' (art. 336), norma que no puede ser objeto de limitación a través de interpretaciones que conducen a desvirtuarla como son las expresadas y por las razones que ya se dejaron consignadas..."

Se considera:

En el orden propuesto por el recurrente se procede al estudio de las causales invocadas porque consulta el principio de prioridad prescrito por la técnica del recurso.

En tal virtud, se tiene:

1. *Causal cuarta.*

Invoca la nulidad constitucional para los dos cargos que presenta bajo esta causal, ambos derivados de la inobservancia del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

a) Considera violación concreta del artículo 483-3 lo que para su modo de ver omitió, incurriendo en nulidad supralegal, el auto de proceder, o sea, las circunstancias genéricas de agravación (de mayor peligrosidad) de que se ocupaba el Código Penal de 1936, consistentes, en este caso:

1. En haber obrado por motivos fútiles; y

2. En haber abusado de las condiciones de inferioridad del ofendido.

Circunstancias correspondientes a los numerales 3º y 7º del artículo 37 del código anterior y contempladas hoy con la denominación de circunstancias de agravación punitiva, por los numerales 1º y 3º del artículo 66 del nuevo Código Penal.

Ha de tenerse en cuenta que el Código de Procedimiento Penal no ha sido modificado y que cuando su artículo 483-3 exige la calificación genérica del hecho "...con las circunstancias conocidas que lo especifiquen..." se refiere a que en el auto de proceder es de obligación ineludible consignar las circunstancias específicas *de agravación o de atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. En cambio, no sucede lo mismo con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitivas que no tienen porqué ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del juez de derecho al momento de fallar.*

Este criterio se explica porque desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas *tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata, mientras que las circunstancias* genéricas *sólo se limitan a permitir la determinación concreta de la pena entre ese máximo y ese mínimo preestablecidos. Entonces, desde el auto de proceder, con las circunstancias específicas, se está señalando de antemano y en abstracto el límite máximo y el mínimo de la pena imponibles en caso de condena, de suerte que el procesado tenga la seguridad de que en el peor de los eventos, esos extremos no serán, en principio, rebasados por el juzgador.*

El otro aspecto que reafirma el anterior criterio es que el procesado adquiere la seguridad jurídica de que de esas circunstancias específicas *indicadas en el auto procesatorio tendrá que defenderse, y la certeza razonable de que no va a responder de otras de igual naturaleza en la sentencia, a menos que sobrevengan en el término probatorio de la causa.*

En consecuencia, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (1936) y las circunstancias de agravación o atenuación punitivas (1980) no son materia del auto de proceder sino tema propio de la sentencia conforme al artículo 171-5-c del Código de Procedimiento Penal.

No se conculcó la estructura del proceso ni el derecho de defensa.

El cargo no prospera.

b) Estima violación concreta del artículo 483-2 la omisión del análisis probatorio respectivo para fundamentar la imputación de la circunstancia específica de agravación de tener parentesco de afinidad con la víctima.

Es así como anota que en el auto de proceder simplemente se dijo de manera escueta que concurría la agravante del numeral 1º del artículo 363 del Código Penal de 1936, porque el occiso era suegro del procesado.

No cabe duda que el artículo 483-2 del Código Procesal exige el análisis de las pruebas en que "...se funde la imputación al procesado...", esto es, que todo cargo debe estar apoyado por un estudio probatorio que lo demuestre, pues, de lo contrario, el auto de enjuiciamiento estaría basado en afirmaciones que el procesado y su defensor tendrían que entrar a comprobar cuando, precisamente, ellos son los que tienen pleno derecho a que se les dé razonadamente el origen probatorio de la imputación para poder debatir en el juicio sus fundamentos.

Si esta es una verdad procesal, no siempre esa actitud constituye un desafuero que afecte el derecho de defensa. En efecto, cuando la afirmación escueta corresponde a un hecho evidente o al menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para dificultar la defensa. Sólo cuando esa ausencia de razones sea absoluta y recaiga sobre hechos que para conocerlos se deben desbrozar con ayuda de un

esfuerzo dialéctico, puede hablarse de atropello efectivo del derecho de defensa.

En este proceso el hecho tenido como circunstancia específica de agravación —parentesco de afinidad entre la víctima y el procesado— era *notorio*. Los testigos más allegados dan cuenta de que Manuel Salvador Hernández Flórez era el suegro de Reinaldo Vargas Rojas y, este lo confirma plenamente. No existía duda al respecto ni se necesitaban lucubraciones probatorias para afirmar esa realidad. Entonces, resulta obvio concluir que la falta de motivación en este caso concreto no perjudicaba o perturbaba en modo alguno la defensa del procesado.

Este cargo no prospera.

2. *Causal primera.*

Por esta vía aduce como subsidiaria la violación de la ley sustancial, en forma indirecta, por error de derecho, al declarar acreditada la agravante específica del parentesco (art. 363-1 del C. P. anterior y 324-1 del actual) con fundamento en prueba testimonial y no como lo prescribe el Decreto 1260 de 1970.

Sobre este punto debe recordarse:

a) Que el Código de Procedimiento Penal es norma posterior a la que invoca el recurrente; y,

b) Que el artículo 336 de ese código establece libertad de prueba.

Observaciones estas que permiten concluir que en materia criminal existe libertad de prueba cuando hay que establecer el tipo penal y las circunstancias específicas que lo conforman o complementan, es decir, *cuando no se trata de decidir cuestiones civiles y administrativas,* casos en los cuales el juzgador tendrá que atenerse a la clase de prueba exigida por la legislación procesal civil (art. 19 del C. de P. P.).

De acuerdo con ese fundamental postulado no es posible hablar en este proceso de errores en la apreciación probatoria del parentesco, porque no se trataba de decidir sobre esa situación para darle efectos civiles sino para calificar el delito.

De otro lado, no cabe duda que el cargo es sustancialmente inepto porque de acuerdo con la técnica del recurso, en los juicios con intervención del jurado o de vocales, no es posible proponer la violación indirecta de la ley sustancial, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, porque "...de lo contrario, no solamente tendría la Corte que arrogarse la facultad de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos función que la ley ha conferido específicamente a los jueces de instancia sino que debería entrar a dictar sentencia desconociendo el pronunciado por los vocales o, en su caso, por los jueces de conciencia..." (C. S. J. Casación Penal, sentencia del 16 de julio de 1981).

El cargo tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia condenatoria dictada en este proceso el 28 de octubre de 1982, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

El delito de prevaricato frente al artículo 561 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 95.

Vistos:

El Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Buga* y el defensor de *Carlos Clímaco Bueno Bueno* interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal de ese Distrito Judicial, al confirmar la proferida el ocho de julio del mismo año por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, condenó a Bueno Bueno a la pena principal de doce meses de prisión como autor responsable del *delito de prevaricato.*

El recurso fue admitido y las demandas tenidas por ajustadas a los requisitos formales de ley (fls. 2 y 33 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal:

Contra los hermanos Braulio Ariosto y Eudoro Jiménez Zapata se adelantaba en el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá un proceso por los delitos de homicidio y robo de los que fue víctima Juan de Dios Hernández Varón.

Realizada la primera audiencia los jurados emitieron un veredicto absolutorio por estimar que no existía la plena prueba para condenar, el cual fue acogido por el juzgado, habiendo sido, en consecuencia, absueltos los sindicados. El Tribunal Superior de Buga, revocó dicha sentencia, declaró contraevidente ese veredicto y ordenó la realización de otra vista pública.

En el nuevo sorteo quedaron seleccionados como jurados los ciudadanos: Carlos Clímaco Bueno, César Tulio Sanclemente y Jorge H. Cedeño, como principales. Los suplentes fueron: Luis Felipe Murillo, Misael Celis y Germán Herrera López.

El juzgado dispuso, mediante auto del 2 de agosto de 1977, tenerlos como jurados en esa causa. Todos ellos fueron notificados de tal

determinación, se les entregó copia del auto de proceder y se les puso de presente el contenido del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal (fls. 2 y vto. del cuaderno del Tribunal).

El 1º de febrero de 1980, día señalado para efectuarla, se dio comienzo a la audiencia pública con la presencia, como jurados de conciencia, de Carlos Clímaco Bueno, Jorge H. Cedeño y Luis Felipe Murillo, quienes fueron juramentados e impuestos del contenido del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal.

Al serle concedido por segunda y última vez el uso de la palabra el defensor de los procesados, doctor Carlos María Lozano Colonia, manifestó lo siguiente:

"Antes de iniciar la audiencia, el jurado Carlos Clímaco Bueno en presencia del secretario del juzgado manifestó, que los jurados de la primera audiencia nada habían hecho porque habían absuelto, siendo que ahí estaba la prueba para condenar. El Código de Procedimiento considera como prevaricato, sancionado por el artículo 168 del Código Penal, con pena de presidio de cuatro a ocho años, cualquier manifestación que hagan los jurados sobre el proceso después de ser notificados del cargo. Además, el jurado Bueno, presentó una solicitud escrita, encaminada a que se guardara un minuto de silencio por la muerte del doctor Hipólito Zabala, fiscal en la audiencia anterior que acusó con acerbía a los procesados".

La juez suspendió la diligencia para continuarla en las horas de la tarde de ese mismo día, como en efecto ocurrió. Reanudada ésta, se escuchó bajo juramento al secretario del juzgado, Jorge Bonilla Gómez, quien ratificó lo dicho por el defensor en cuanto al comportamiento del jurado Carlos Clímaco Bueno, agregando que, antes de reiniciarse la audiencia, el jurado presentó un escrito en el cual explicaba lo sucedido en la mañana.

En él relató el señor Carlos Clímaco Bueno que en momentos en que sostenía una charla informal e intrascendente con el secretario del juzgado, con el otro jurado Luis Felipe Murillo y con el doctor Carlos María Lozano Colonia, antes de empezarse la audiencia, éste expresó su aspiración de que ella concluyera ese mismo día, a lo cual le respondió él: "Sí porque en la primera ocasión se habló mucho y nada se hizo". Ante la extrañeza del doctor Lozano por esa afirmación, el jurado Bueno aclaró "que habiendo la plena prueba, habían dicho *no son responsables por falta de prueba*".

En presencia de esas circunstancias la juez suspendió nuevamente la audiencia para continuarla posteriormente (fls. 2 a 6 del cuaderno del Tribunal).

Mediante auto de 4 de febrero de 1980 el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá dispuso declarar la nulidad de la parte de la audiencia pública celebrada, suspender indefinidamente su verificación, declarar impedido al jurado Carlos Clímaco Bueno para actuar en ella, realizar un sorteo parcial para reemplazarlo y compulsar copia de lo pertinente con destino al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Tuluá para efectos de la correspondiente investigación penal por el posible delito de prevaricato en que pudiera haber incurrido el jurado Bueno

Bueno. Esta decisión fue apelada por el fiscal del juzgado y el Tribunal Superior de Buga la confirmó en proveído de 14 de marzo de 1980 (fls. 7 a 13 *ibídem*).

Al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá le correspondió por reparto adelantar la investigación, la que declaró abierta por auto de 17 de abril de 1980 (fl. 14 *ibídem*).

En el decurso de la misma se comprobó nuevamente, mediante los testimonios del defensor, doctor Carlos María Lozano C., del secretario del Juzgado Cuarto Superior de Tuluá, Jorge Bonilla G., y del otro jurado Luis Felipe Murillo, que efectivamente el jurado Carlos Clímaco Bueno Bueno había hecho las manifestaciones que motivaron la investigación (fls. 20 a 21, 28 y vto. y 32 a 33 *ibídem*).

En su indagatoria reconoce el procesado el hecho, aunque restándole importancia, anotando que ignoraba que el doctor Lozano fuera el defensor y que lo hizo para importunarlo o molestarlo, ante el afán que expresaba porque todo concluyera ese mismo día. Reconoció como suyo el escrito en que él mismo ratificó lo sucedido el día en que se iba a celebrar la audiencia (fl. 3 *ibídem*) y negó que al notificársele su calidad de jurado para esa causa se le hubiera puesto en conocimiento el contenido del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal (fls. 29 a 31 vto., *ibídem*).

Clausurada la investigación (fls. 82 vto., *ibídem*), el juzgado llamó a responder en juicio a Carlos Clímaco Bueno Bueno por el delito de prevaricato, descrito y sancionado en el Código Penal de 1936 en su Libro II, Título III, Capítulo V y le concedió el beneficio de la libertad provisional, bajo fianza, por estimar que, en el evento de una sentencia condenatoria, reuniría los requisitos para ser merecedor de la suspensión condicional de la misma.

En la parte motiva aludió a que la ilicitud encuadraba dentro de los artículos 168 del Código Penal de 1936 y 561 del Código de Procedimiento Penal (fls. 105 a 110, *ibídem*).

El enjuiciamiento fue recurrido tanto por la Fiscalía del juzgado como por el defensor, pero el Tribunal lo confirmó en todas sus partes (fls. 134, 135 y 158 a 164, *ibídem*).

Durante el período probatorio de la causa no fue solicitada ni decretada prueba alguna y, verificada la audiencia, el juzgado, con los mismos elementos de juicio existentes al momento de calificar el mérito del sumario, profirió la sentencia condenatoria que, apelada, fue confirmada por el Tribunal, mediante la que luego fue impugnada en casación, recurso que ahora se decide (fls. 167, 172 a 174, 175 a 180, 182, 183 y 203 a 208 *ibídem*).

En su fallo dijo lo siguiente el Tribunal en relación con el aspecto objetivo y con la tipicidad de la conducta del jurado condenado:

"Es verdad real y procesal, de lo cual existe certeza, que Carlos Clímaco Bueno Bueno, antes de iniciarse el debate público donde actuaría como miembro del jurado de conciencia, tuvo una conversación con algunas personas acerca de los acusados y del proceso donde iba a actuar como juez de hecho en esa misma fecha.

"Ese acto lo describe el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal y lo erige en conducta punible. Siendo ello así, no hay razón para que se afirme que se está frente a una conducta 'atípica'. La conducta del señor Bueno es típica, pues un precepto legal, el artículo 561 tan invocado, la describe.

"El artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, es un caso específico que reprime una conducta atribuible únicamente a los jurados de conciencia; se puede decir que es una disposición penal especial, y el artículo 376 del Código Penal mantuvo la vigencia de las leyes penales especiales 'en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código' y claramente se aprecia que aquella norma en manera alguna pugna con otras del estatuto sustantivo penal.

"El señor agente del Ministerio Público que emitió concepto para este pronunciamiento, sostiene que no es posible hacer analogía y menos actuar como legislador para aplicar la pena que corresponde a la norma vacía o sin contenido punitivo (art. 561) de que se ha hablado. Pero es el mismo artículo el que remite al fallador el delito de prevaricato para efectos de la aplicación de la pena. Es decir, dicha norma consagra los elementos, verbo rector y sujeto de la conducta que por virtud de ella misma ha sido erigida en delito; y para complementarla en cuanto a la pena, la misma disposición dice que se aplicará la establecida para el delito de prevaricato".

Como puede deducirse del siguiente párrafo, el Tribunal aclara la sentencia de instancia en cuanto a que la norma aplicable no es el artículo 149 del nuevo Código Penal, como en aquella se dijo, sino el 168 del estatuto anterior:

"Por consiguiente el fallo recurrido no adolece de los vicios o defectos de que se le acusa y por ende merece la confirmación de la Sala, pues está acorde con el auto de proceder, en donde se dijo que la pena aplicable sería la consagrada en el artículo 168 del Código Penal de 1936, vigente en la época de cumplirse la conducta ilícita investigada, y aplicable a este caso por no ser más benévola la norma similar del estatuto actualmente en vigencia y que es el artículo 149" (fls. 206, 207 y 208 *ibídem*).

Demanda presentada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga:

Con fundamento en la causal primera cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula un único cargo contra el fallo que impugna.

Lo presenta de la siguiente manera:

"El juez *ad quem* —Tribunal Superior— al revisar la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tuluá, en lugar de remediar el error del inferior, ratificó el fallo, consolidando una situación en la que había flagrante violación sustancial de la ley por aplicación indebida, por cuanto extendió el contenido de la norma a un hecho que se salía de su preceptiva. Para concretar, hubo infracción directa por aplicación indebida del artículo 168 del Código Penal".

Después de transcribir el texto del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, norma dentro de la cual ubicaron los falladores de instancia el comportamiento del jurado condenado, expresa:

"La sola lectura de la norma copiada proclama que los legisladores estuvieron bien intencionados al querer preservar la integridad moral del jurado, su seriedad, su confiabilidad y su buena imagen. Pero su actividad legisladora se quedó en el marco de los anhelos, pues soslayaron, quizás sin proponérselo, dar plenitud a la norma penal al dejar sin sanción lo que tipificaban como conducta punible. La remitencia (sic) a la sanción, si es que la hay, resulta tan indefinida y vaga que dificulta su aplicación, especialmente si se examinan las varias normas del Código Penal que reprimen el delito de prevaricato y la carencia de un verbo que se pueda considerar como rector de todos los comportamientos".

Para el recurrente no se está en presencia ni siquiera de una norma en blanco, sino de una norma incompleta, pero tampoco de aquellas que "si bien contienen el precepto, se remiten, sin la menor dubitación, a otra norma que asigna la sanción, como lo sería el artículo 138 del Código Penal vigente, o también cuando, a pesar de contemplar la sanción y parte del precepto, éste tiene que ser complementado con otra norma muy concreta: un ejemplo, como el artículo 143 *ibídem*".

El artículo 561, en cambio, agrega el impugnante, aunque define una conducta, "se remite de manera general a la parte epigráfica de un capítulo del Código Penal, sin tener en cuenta que son varias las normas que, con conminaciones distintas, buscan la represión de varias conductas", con lo cual ubica al fallador en el terreno de las perplejidades al tratar de seleccionar para imponerle, una de esas varias sanciones, por cuanto bajo la denominación de prevaricato no comprende el capítulo que lo describe una única modalidad de tal, sino varios comportamientos con núcleo rector diferente y sanciones diversas.

En esas condiciones, al no hacerse referencia a una pena en concreto, la norma se quedó huérfana de sanción.

De allí que finalice de la siguiente manera su argumentación:

"Sentado lo anterior y visto que el artículo 561 tantas veces invocado carece de proyecciones penológicas, se concluye que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga quebrantó directamente el artículo 169 del Código Penal de 1936 al aplicarlo a un hecho que está fuera de su ámbito jurídico".

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y se profiera el fallo que debe sustituirla.

Coadyuvancia de la Procuraduría:

El Procurador Primero Delegado en lo penal, al recibir en traslado el proceso para los efectos establecidos por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 571, manifestó su identidad de pensamiento con el funcionario recurrente por estimar que le asiste razón, ya que, "el artículo 561 del Código de enjuiciamiento penal contiene

uno de los llamados por algunos doctrinantes 'paratipos', inaplicables en la práctica por cuanto la hipótesis de hecho contemplada en esta norma no corresponde a ninguna de las modalidades comportamentales del delito de prevaricato y menos aún a una referencia concreta a ninguna de las penas que por este delito pueden ser impuestas, lo que en últimas plantea una situación de insalvable perplejidad, pues no se puede concretar a cuál de las modalidades se refiere, ni, por supuesto, cuál es la pena aplicable".

Demanda del defensor:

Como causal invoca únicamente la primera en su modalidad de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida y formula a su amparo un solo cargo que presenta en la siguiente forma:

"En la sentencia cuya casación demando, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Buga violó directamente la ley sustantiva por indebida aplicación de la disposición en que fundamentó la punibilidad, y, además, violó los principios rectores del Código Penal".

El impugnante, después de transcribir el contenido del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal y de analizar su alcance de acuerdo con su personal forma de entenderlo, expresa que él es violatorio de la norma rectora sobre culpabilidad que consagra el Código Penal en su artículo 5º de la siguiente manera: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Para el recurrente dicha disposición procedimental penal conculca este principio porque, al establecer que el jurado incurre en su reprochabilidad por tener *cualquier* clase de conversación sobre el juicio en que le correspondiere o hubiere correspondido intervenir, sea *cualquiera* la finalidad que se hubiere propuesto, "simple y llanamente esté consagrando la responsabilidad objetiva para el sujeto agente de la conducta (si es que en rigor de términos puede decirse que se halle allí debida y técnicamente tipificada una conducta), pues no importa la clase de comentario o su finalidad. Es decir, que exonere al juez del debido examen de culpabilidad, cuando ella es y debe ser integrante del hecho punible".

Al sancionar el Tribunal a Carlos Clímaco Bueno Bueno con apoyo en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal violó, por lo mismo, no solamente ese artículo 5º del Código Penal sino también los artículos 2º y 35 del mismo estatuto, que se refieren también a la culpabilidad.

Disiente del planteamiento del Tribunal en cuanto a que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal consagra una figura típica delictiva, con referencia, en cuanto a la pena, al delito de prevaricato, pues para el censor dicha norma no hace un simple reenvío al prevaricato para efectos de la pena, sino que indica que el comportamiento del jurado infidente lo hace incurrir en este delito.

Pero aún aceptando que se tratara de una simple remisión de una a otra norma para la pena, se pregunta el impugnante cuál de las varias sanciones que consagra el Código Penal en relación con las

diversas formas del delito de prevaricato debe aplicarse. Agrega que, para poder tener por completo el precepto, debió el legislador o haber establecido en él mismo la sanción o haber indicado de manera precisa cuál de las fijadas en la norma referida era la que debía imponerse.

Avanzando en su censura, expresa el recurrente que, aún admitiendo con el Tribunal que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal contiene la descripción típica de la conducta que quiere reprimir, ella no es clara, ni precisa, pues no cualifica la conversación que pretende vedar al jurado, ni le señala término en el tiempo a su obligación de guardar silencio.

En el siguiente párrafo de su libelo condensa las anteriores críticas:

"Y es que existe dentro de la redacción de la norma que el Tribunal de Buga consideró como violada por el procesado, una latente confusión en elementos de la tipicidad con elementos que contradicen el principio de la culpabilidad. En efecto, cuando se dice que cualquiera que sea la conversación o comentario que el sujeto activo realice, independientemente de su intención, abre desmesuradamente el campo a que el arbitrio del juez encasille dentro de la norma cualquier conducta en una, podríamos decirlo, así sea un contrasentido, tipicidad abierta, mientras que la misma redacción está señalando como punible un hecho ordenándole al juez que haga caso omiso del estudio de la culpabilidad, que, por mandato de la ley es uno de los elementos configurativos del hecho punible, junto con la tipicidad y la antijuridicidad".

A manera de interpretación de la forma como él entiende que ha de procederse en presencia de la norma censurada, dice el impugnante:

"Si el legislador de 1971, al forzar dentro del Código de Procedimiento Penal esta norma, estableció que se incurría en delito de prevaricato, y no señaló pena alguna, debe entenderse que la labor del juzgador es entender que es una remisión condicionada a que se den los elementos de la descripción típica del prevaricato, a que se obre contra derecho y exista en el agente el elemento subjetivo que una su conducta al resultado querido y que lesiona un determinado interés jurídico que el estado está interesado en tutelar. En fin, que ha debido comparar la conducta del procesado con las abstractas descripciones que de conductas señalan las normas que establecen el prevaricato, y, si además de ello, se establece la antijuridicidad y la culpabilidad, hay lugar a la determinada sanción".

Como estima que la conducta del procesado, al ser objeto de comparación con las descripciones típicas del prevaricato por acción, del por omisión o del por asesoramiento, no se conforma con ninguna de ellas, encuentra que el Tribunal, al haberla adecuado a una de esas modalidades de prevaricato, "incurrió en violación de la ley penal (Decreto 80 de 1980), en sus artículos 1º, 5º, 35, 149, 150 y 151 por aplicación indebida".

Pide que se case el fallo y, en consecuencia, se dicte el que deba sustituirlo.

Consideraciones de la Corte:

Como, aunque con diferencias de matices en la argumentación, la censura que tanto el fiscal como el defensor formulan a la sentencia radica esencialmente en la misma causa, esto es, en la atipicidad de la conducta del jurado que conversa con alguna persona sobre el juicio en que le correspondiere o hubiere correspondido intervenir como juez de conciencia y, por lo mismo, la imposibilidad jurídica de imponerle una sanción penal a título de prevaricador, puede darse una respuesta común a ambos libelos, como pasa a hacerlo la Sala.

Sea lo primero manifestar que el hecho que se atribuyó al jurado Carlos Clímaco Bueno Bueno quedó debidamente establecido en el proceso, de acuerdo con la indicación de las pruebas que, al respecto, se hizo en otra parte de esta providencia.

El artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, sobre prohibiciones a los jurados, dispone:

"Desde el momento de ser notificados de la designación, aún cuando las audiencias ya hubieren concluido, los jurados *no podrán tener conversación de ninguna naturaleza* con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces. *La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato,* sea cualquiera la clase de conversación o comentario, *o la finalidad que se hubiere propuesto*" (Subrayas fuera de texto).

Respecto de este tema se han ocupado tanto esta Sala de Casación como la Plena, por lo cual es conveniente recordar, en lo pertinente, sus planteamientos, a fin de contar con los mejores elementos de juicio para dilucidar el aspecto jurídico que sustenta la impugnación del fallo recurrido.

La Sala lo consideró en providencia de 29 de febrero de 1980, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, en la cual se desechó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la que se condenó a José Barlaham Correa Orozco por el delito de homicidio agravado cometido en persona de Carlos Abad Ramírez.

La causal invocada en esa ocasión fue la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y el cargo se formuló con fundamento en el hecho atribuido a uno de los jurados que actuaron en ese juicio, doctora Luz Betty Jiménez de Barrera, de haber estado el día anterior a la audiencia en los despachos de los señores fiscal y juez de la causa presumiblemente tratando asuntos relacionados con el proceso en el cual iba a corresponderle desempeñarse como juez de conciencia.

De esa circunstancia dedujo el recurrente una nulidad de orden constitucional, derivada del comportamiento presuntamente infidente de la jurado, con clara violación de los deberes de sigilo que le imponía el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque el fallo no fue casado, debido a la falta de prueba atendible en cuanto a la naturaleza y alcances de la conversación que pudiera haber tenido la jurado con dichos funcionarios, sí se ordenó en

él la expedición de copias para que se investigare esa conducta de la jurado como posiblemente violadora del mandato contenido en el citado artículo 561 del Código de Procedimiento Penal.

En relación con la posible ilicitud de la conducta del juez de conciencia que sostiene conversaciones atinentes al juicio en que habrá de corresponderle o le correspondió intervenir como tal, se dijo lo siguiente en el fallo a que se alude:

"La prohibición que consagra el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, evidentemente responde a una tutela de imparcialidad y desprevención en los jurados. Se busca preservar la neutralidad apreciativa en estos juzgadores de hecho y evitar desequilibrios (formación de intereses, preconceptos, animadversiones, etc.) que puedan afectar o favorecer al procesado o a otra de las partes intervinientes. Guarda esa regla una íntima y armónica relación con el contenido y fines de la hermosa fórmula de juramento que consagra el artículo 560 de la misma obra, compendio de los excelsos deberes que contraen los jurados y orientación segura y justa del ejercicio cabal de sus funciones. No es, pues, aspecto de poca monta la naturaleza y alcance de estas disposiciones. Sin temor al yerro bien puede decirse que su quebranto en materia grave y dentro de los límites ponderados que su contexto insinúa, como se advertiría más adelante, desquicia los aspectos básicos del juicio criminal correcto. Esto debe afirmarse categóricamente si se quiere mantener este especial sistema de juzgamiento en sus exigibles moldes".

"... ... ...

"Conviene agregar algo más. Con respetables razones algunos cuestionan la importancia y efectos de constituir en prevaricato el desconocimiento de la prohibición indicada en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal. Advierten que se trata de un para-tipo que no alcanza a estructurar un modelo de conducta que comporte una pena. Es imposible clasificar esta previsión del legislador en una cualquiera de los tipos penales; por sí no alcanza a llevar ese comportamiento del jurado a una de las varias modalidades del mencionado delito. Para que aquélla se tenga como tal es indispensable que reúna los elementos objetivos, subjetivos y normativos de los tipos de prevaricato, que se recogen en los artículos 168, y 169 del Código Penal (Decreto 2525 de 1963, art. 2º)".

"No es oportunidad de discutir el acierto de esta tesis y negar rotundamente que la previsión del legislador (no puede un jurado tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio) no traduzca la selección de los rasgos esenciales de un hecho para convertirlo en delito. Pero lo que sí debe enfatizarse es que esta denominación jurídica destaca dos factores de importancia: uno, sugerir la figura penal más propia a este antijurídico y culpable obrar; y otro, destacar la trascedencia que la ley otorga a estas formas de preservación del sistema de juzgamiento por jurados. En esta segunda consideración se evidencia la nulidad constitucional.

"... ... ...

"Cuando se observan las tradicionales particularidades del jurado (libertad de forma en su pronunciamiento, no sujeción a tarifas

probatorias, su condición social e intelectual, debilidad de los controles legales para contener sus desvíos, transitoriedad del ejercicio de sus funciones, etc.), se tiene que destacar la importancia de previsiones legales que se dirigen a preservar su imparcialidad mediante un propósito y un resultado de reserva y aislamiento. Y esto se consigue, indubitablemente, caracterizando la inobservancia del artículo 561 como nulidad constitucional, cuando la misma traduce un sensible alejamiento de esta ordenación.

"... ... ...

"Pero lo dicho no quiere decir, porque sería desfigurar la bondad del comentado resguardo procesal, que todo contacto con los funcionarios o particulares, que puede rozar algún punto del proceso en el cual se interviene como jurado, constituye a éste en prevaricador y da oportunidad para invalidar lo actuado. La sola apariencia de la conversación no permite deducir los graves efectos que se analizan. Es necesario un elemento de prueba que forme convicción seria y respetable, sobre la realidad de haberse tratado temas de interés para el juicio en el cual se ha intervenido o va a intervenirse como juez de hecho. Otrosí, que ese jurado más que ser objeto de informaciones haya dado ocasión a que se filtre su opinión, tendencia conceptual o estado de ánimo sobre la conducta enjuiciada. De no ser así, actitudes inocentes, muchas veces buscadas por los interesados en preparar la anulación de un juicio o vencer por este medio sus resultados, serían desvirtuadas. Además de ésto, siempre cabe hacer un distingo entre la relación que pueda darse entre un juez o fiscal vinculado al juicio y los jurados, y entre éstos y los particulares, o parte civil o procesado. Sobre esto último la Corte enseña: 'En donde quiera existe la institución del jurado, en Europa, los legisladores han tenido cuidado de reglamentar debidamente las relaciones entre el juez *de derecho* y presidente de las audiencias y los jueces *de hecho;* relaciones que no son ni tan francas y sin reservas como las que rigen el entendimiento entre los solos jueces de hecho, *ni tampoco tan absolutamente desconectadas como las relaciones negativas entre dichos jueces de hecho y los terceros*' G. J. LXXVII, pág. 456, 1954 (las mayúsculas y las subrayas pertenecen al texto).

"Esto indica que la Corte se muestre más flexible y menos crítica en la apreciación de los contactos de los jurados con los funcionarios, que entre aquéllos y los particulares, debiéndose agregar como cobijados dentro de esa absoluta desconexión que recomienda la Corporación, los procesados, sus defensores y la parte civil".

Aunque todos los integrantes de la Sala estuvieron de acuerdo con la decisión de no casar la sentencia, dos de ellos, los doctores Alfonso Reyes Echandía y Dante L. Fiorillo Porras, aclararon su voto, cada uno en el sentido que pasa a precisarse.

El magistrado Reyes Echandía expresó su desacuerdo con los alcances que el estudio aprobado por la mayoría dio a la infidencia del jurado, al admitir que puede llegar a constituir nulidad, y de índole constitucional.

También disintió de la interpretación que se hizo, en la decisión mayoritaria, del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal.

A este respecto dijo:

"En cuanto a la remisión que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal hace al prevaricato para deducir responsabilidad por tal delito al jurado que viole la prohibición allí consignada, considero que se trata de un para-tipo penal porque no describe un modelo de comportamiento humano al cual se adscribe una sanción, característica esencial de los tipos penales; solamente cuando la conducta del jurado se subsume en la figura rectora del prevaricato descrita en el artículo 168 del Código Penal, podría deducírsele responsabilidad; imponerle la pena del prevaricador por el solo hecho de violar la prohibición de aquella norma procesal, es vulnerar en materia grave el principio de legalidad del artículo 26 de la carta o incurrir, entonces sí, en nulidad constitucional. No sobra destacar que el nuevo Código Penal consagra expresamente entre sus normas rectoras el principio de tipicidad cuando señala que la ley debe describir el hecho punible 'de manera inequívoca' (art. 3º); o incurre, sin duda alguna, en equívocos el legislador procesal al imponer a los jurados una amplia y excesiva prohibición cuyo incumplimiento le acarrea responsabilidad por un delito cuya descripción nada tiene que ver con aquella prohibición".

A su turno, el magistrado Fiorillo Porras fundamentó de la siguiente manera su disentimiento con algunas de las consideraciones del fallo y con la orden de expedir copias para investigar el delito de prevaricato en que pudiese haber incurrido la jurado:

"La prohibición contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, desde luego ampliamente justificada, entre otras muchas razones por las que se exponen con gran acierto en la motivación de la sentencia de la Corte, es norma legal que no sustituye, ni modifica en modo alguno, los elementos axiológicos del delito de prevaricato indicados en el artículo 168 del Código Penal, luego su texto, como su ubicación dentro del Procedimiento Penal, son absolutamente equivocados y legalmente irrelevantes, de suerte que no pueden producir y no producen, ciertamente, efectos penales o procesales de ninguna naturaleza, salvo a lo sumo, para recusar a los jurados.

"Si, pues, la norma contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal es inocua en cuanto no puede invocarse para atribuir a los jurados el delito de prevaricato, ni, tampoco, tiene el carácter propio de las que organizan el trámite o la ritualidad del proceso, resulta incuestionable que, en suma, la ejecución de la conducta allí prevista no puede invocarse para atribuir a los jurados el delito de prevaricato, ni en ningún caso altera, tampoco, la estructura del debido proceso".

"Esto aparte, es también evidente que el delito de prevaricato no puede cometerse mediante simples conversaciones, cualquiera que sea su naturaleza, la finalidad que con ellas se persiga o las personas con quienes se sostenga".

"El inciso primero del artículo 168 no acogió como elemento del delito de prevaricato el simple quebrantamiento de los deberes oficia-

les 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, fé, religión o juramento' (Escriche, Diccionario Jurídico) y, por tanto, aunque 'faltan maliciosamente a los deberes que impone un cargo público o 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, t. i., pág. 152)".

"Para que esta especial infracción de la ley penal se cometa es necesario, además, que la promesa de fidelidad a la Constitución y a la ley se quebranten 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 contrarios a la ley' ".

Ante la Corte fue demandado como inconstitucional el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, por estimar los libelistas que la conducta que describe es atípica, pues no coincide con la descripción legal del delito de prevaricato en ninguna de sus modalidades y respecto del conjunto de sus elementos subjetivos y objetivos.

La Corte en Sala Plena, mediante decisión mayoritaria del 28 de abril de 1983 (expediente núm. 1010), declaró *exequible* dicha norma.

La argumentación central del fallo está concebida en los siguientes términos:

"La disposición acusada tiene dos partes. En la primera se describe la conducta que se prohíbe a los jurados de conciencia, prohibición que consiste en que 'no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces'. Nótese el carácter absoluto, total, de una claridad que no se presta a confusión ni duda sobre lo que se prohíbe, precisión que se completa al indicar que obliga desde el momento en que los jurados son notificados de su designación y que los afecta 'aún cuando las audiencias ya hubieren concluido'.

"Ciertamente, la parte segunda del artículo 561 hace una remisión al delito de prevaricato para establecer que el responsable de la violación de aquella prohibición incurrirá en dicho delito, 'sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto', precisión esta última que reitera el carácter absoluto que tiene la primera parte del artículo que contribuye a una descripción aún más completa de la conducta de que se trata, sin que su asimilación al tipo 'prevaricato' induzca a confusión o ambigüedad, en razón de que este delito adopte varias modalidades.

"Porque, y esto es lógico, a la ley no se le puede pedir una precisión tan perfecta que agote en todos sus detalles la definición o determinación de la conducta que pretende describir, ya que al juez

le compete también redondearla, sobre la realidad concreta que debe juzgar. Pues aspirar a que la ley tenga tal precisión y fijeza de sentido que sólo admita una interpretación válida, es exigir la imposible omnisapiencia de los legisladores y reducir la tarea de los jueces a una verificación mecánica de los hechos que soporten la norma, todo lo cual choca con la realidad y la experiencia sobre una y otra función. Las simples impropiedades del lenguaje, la variable interpretación de un concepto, la errónea formulación de una figura jurídica, no alcanzan a afectar la constitucionalidad de una disposición.

"*La certeza legal, el principio de la legalidad o de tipicidad* que exige en el campo penal la definición previa de los comportamientos prohibidos por la ley, en forma que no haya confusión ni duda sobre el modelo descrito legalmente, *que es la garantía que se pretende violada en este caso, exige solamente que tanto los particulares como el juzgador puedan establecer la correspondencia entre el esquema normativo y la conducta de que se trata, sin tener que acudir a complementaciones arbitrarias de la norma para hacerlas coincidir*" (las subrayas no pertenecen al texto).

Siete de los magistrados salvaron su voto respecto de la decisión mayoritaria, apoyados en las siguientes consideraciones:

"La norma demandada contiene un *paratipo penal* con ambigua descripción de una prohibición de tan amplio sentido que comprende cualquier clase de conversación o comentario del jurado sobre el juicio en el que interviene, y una remisión al delito de prevaricato que debe entenderse en el sentido de imposición de la pena prevista para tal hecho punible; pues si se la entiende en el sentido de que la responsabilidad a título de prevaricato emerge solamente cuando la conducta realizada por el jurado se adecúa a uno cualquiera de los tipos que lo describen en el Código Penal, entonces sobraría tal disposición.

"Trátase, pues, de un paratipo con muy precaria y harta defectuosa descripción comportamental y sin precisa fijación de pena por cuanto durante la vigencia del Código Penal de 1936 existían cuatro modalidades de prevaricato con sus respectivas sanciones (arts. 168/9) y en el actual se evidencian tres (arts. 149/51); por manera que frente a este abanico punitivo el juez que deduzca responsabilidad a un jurado de conciencia por la violación de la prohibición consagrada en la norma demandada no sabría qué pena imponerle, pues cualquiera que escogiese —aún la más benévola de entre las varias que trae el Código— estaría siendo determinada *ex post facto* con violación del principio consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

"En efecto, los destinatarios de la ley penal tienen el derecho insoslayable de saber qué clase de comportamientos han sido ubicados legalmente en la categoría de hechos punibles y de qué naturaleza cualitativa y cuantitativa es la sanción que se les impondría en el caso de que llegaren a realizar conductas que se acomoden a una de estas descripciones normativas y que sean procesalmente consideradas como antijurídicas y culpables, pues sólo entonces podrá reprochárseles haber ejecutado conducta con conocimiento real o potencial de su existencia normativa en cuanto previa e inequívocamente descrita en la ley con específica indicación de la pena correspondiente. Tal es el alcance del precepto constitucional anteriormente citado cuando impe-

rativamente dispone que 'nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente' ".

Al decir la Corte en su decisión mayoritaria, como se dejó transcrito, que "la certeza legal, el principio de legalidad o de tipicidad... que es la garantía que se pretende violada en este caso, *exige solamente que tanto los particulares como el juzgador puedan establecer la correspondencia entre el esquema normativo y la conducta de que se trate*, sin tener que acudir a complementaciones arbitrarias de la norma para hacerlas coincidir" (subrayas fuera de texto), dejó a salvo, respecto de la disposición acusada (art. 561 del C. de P. P.), el mecanismo de la adecuación típica, o lo que es lo mismo, que la conducta del jurado infidente es delictiva, no *per se*, inexorablemente, sino en la medida en que se conforme con alguna de las hipótesis que presenta el delito de prevaricato, al que la aludida norma remite.

Pues bien, en el caso que se estudia, el comportamiento que se reprocha al jurado Carlos Clímaco Bueno Bueno es el de haber expresado anticipadamente opinión sobre el asunto en que iba a corresponderle actuar como juez de conciencia. En otros términos, haber faltado al deber de guardar silencio sobre esa materia.

En el Código Penal de 1936, bajo cuya vigencia se cometió el hecho, en el delito de prevaricato se daban las siguientes especies: El por acción, la forma omisiva y el por asesoramiento. La primera (art. 168, Decreto 2525 de 1963, art. 2º, inciso primero) consistía en proferir, a sabiendas, dictamen, resolución auto o sentencia contrarios a la ley. La segunda (inciso segundo de la misma disposición), se presentaba cuando se omitía, rehusaba, retardaba o denegaba un *acto* propio de las funciones, por *simpatía* o *animadversión* hacia cualquier interesado. La tercera radicaba en que el funcionario, animado por móviles iguales a las de la hipótesis anterior y en perjuicio de terceros, prestaba o patrocinaba a alguien que estuviese litigando a gestionando ante su despacho (art. 169 *ibídem*).

Con algunas modificaciones, el nuevo código mantiene las mismas tres formas de prevaricación (arts. 149, 150 y 151).

Su conducta no se conforma con ninguna de esas modalidades de prevaricación, pues la violación del deber de guardar silencio sobre el asunto en que iba a actuar como juez de conciencia no alcanzó a integrarse con el ejercicio pleno de su función de tal, la cual adquiere su máxima expresión en la emisión del veredicto, lo que no pudo hacer él, pues fue privado oportunamente por el juez de conocimiento de su investidura de jurado (fls. 7 a 10 del cuaderno principal).

No se configura, por tanto, en este caso, la hipótesis del prevaricato por acción que describió el artículo 168 del Código Penal de 1936 en su inciso primero (Decreto 2525 de 1963, art. 2º), pues no adoptó determinación alguna susceptible de ser analizada frente a su legalidad, ni tampoco la forma omisiva a que se refería el inciso segundo de esa disposición, pues la simple violación del deber de guardar sigilo, sin incidencia en el proferimiento de la veredicción, como aquí ocurrió, no alcanza a estructurar la omisión del acto propio de las funciones a que se refiere dicha norma. Además, tampoco actuó

Carlos Clímaco Bueno en la forma en que lo hizo, porque lo moviesen los sentimientos a que alude la disposición simpatía o animadversión). Simplemente, como puede deducirse de una explicación que dio en la indagatoria, exteriorizó anticipadamente una opinión que se había formado de la lectura del auto de proceder, del cual se le había entregado copia para su información (fl. 31 del cuaderno del Tribunal).

Menos configura su comportamiento la modalidad del asesoramiento, pues su núcleo rector (asesorar o patrocinar a persona que litigue o gestione ante el funcionario o empleado oficial), no se presenta ni por asomo en este evento.

No siendo posible, entonces, realizar en este concreto caso el proceso de adecuación típica de la conducta de Carlos Clímaco Bueno Bueno a ninguna de las hipótesis descritas en la figura del prevaricato, delito al que se remite el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, se impone casar la sentencia, pues a través de ella se violó en forma directa el artículo 168 del Código Penal, al haberle dado indebida aplicación, pues, para la situación que se analiza, éste no recoge típicamente el comportamiento del jurado acusado, no obstante lo cual se le sancionó con fundamento en él. Habrá, por tanto, de dictarse el fallo que la sustituya, que no puede ser otro que uno absolutorio.

Se acoge de esta manera la censura formulada a la sentencia por los impugnantes y que fue compartida por el Ministerio Público, pero con las precisiones que quedan hechas en cuanto a que la atipicidad en este caso obedece a que el jurado no emitió veredicto, por haberlo declarado el juez impedido para actuar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien coadyuvó la demanda, *casa* la sentencia de origen y fecha indicados en la parte motiva de esta providencia, por medio de la cual se condenó a Carlos Clímaco Bueno Bueno a la pena principal de doce meses de prisión y a las accesorias de ley como responsable del delito de prevaricato, y, en su lugar, lo *absuelve* del mismo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Julio Salgado Vásquez, Conjuez; *Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INDICIO. PLURALIDAD

Cuando se habla de pluralidad de indicios es necesario examinar si realmente existen varios hechos indicadores simples o circunstancialmente complejos con entidad propia y unidireccionalmente orientados hacia el mismo hecho punible o hacia el mismo autor, sin embargo esta intrínseca autonomía naturalística de aquellos no significa aislamiento o insularidad ontológicas; al contrario, ha de estar acompañada de una lógica conexidad y de una convergencia mutua respecto del mismo hecho indicado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 95 de noviembre 10 de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior de Tunja condenó a *David Monroy Vargas* como responsable de delito de hurto, a la pena principal de dieciocho meses de prisión; contra tal sentencia se interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos:

En el mes de febrero de 1982 desapareció de la finca del señor Pedro Humberto Amézquita Corredor, ubicada en el municipio de Tuta (Boyacá) un novillo de su propiedad; al ser buscado en la ciudad de Tunja, fue hallado cerca de la plaza de ventas de ganado en poder de Alvaro Castro quien lo había comprado poco antes de David Monroy Vargas, sujeto este que más tarde fue capturado y puesto a disposición de las autoridades judiciales, como presunto autor de la sustracción del semoviente.

Actuación procesal:

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta y posteriormente pasó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja, despacho este que mediante auto de 27 de agosto de 1982 llamó a juicio al procesado como autor de hurto agravado. La etapa

del plenario, sin embargo, culminó con sentencia absolutoria proferida el 22 de octubre del mismo año. Apelada por la fiscalía, el Tribunal decidió revocarla mediante proveído del 14 de marzo de 1983, y en su lugar condenó a Monroy Vargas por el delito señalado en el auto de proceder.

La demanda de casación:

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial determinada por error de derecho en la apreciación de la prueba indicial sobre la cual se edificó la sentencia del Tribunal.

Señala el actor que la sentencia en cuestión dejó de aplicar las normas que regulan la prueba indicial (arts. 229 a 234 del C. de P. P.), así como los artículos 215 y 218 de la misma codificación y aplicó indebidamente los artículos 349 y 351, numerales 8º y 9º del Código Penal.

Al sustentar su alegato puntualiza que el Tribunal fundamentó la condena del procesado en los siguientes cuatro indicios: 1. La posesión del semoviente en manos de Monroy Vargas; 2. El afán con que vendió el animal; 3. El intento de soborno al agente de policía que lo capturó, y 4. El que ninguna de las personas que citara para que declarasen sobre su conducta, quisiera hacerlo.

Respecto del primer indicio, declara que es de carácter leve pues el procesado dio explicaciones que considera satisfactorias sobre la adquisición del animal. En relación con el segundo advierte que no tiene el carácter de indicio porque se trata de un aspecto del primero ya que es uno mismo el hecho indicador. En cuanto al tercero, anota que no está probado el presunto soborno pues el policía no lo concretó y se limitó a declarar que Monroy Vargas le propuso "pasarle algo". Y en punto al cuarto indicio, destaca que nada tiene que ver con la imputación delictiva. Agrega que los supuestos indicios no están correlacionados entre sí y que solamente queda en pie el primero de ellos, sin fundamento probatorio para construir sobre él una sentencia de condena.

Concepto de Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia impugnada porque el de posesión del semoviente es indicio grave, ya que el procesado no dio explicación satisfactoria sobre su procedencia; porque los otros dos indicios tienen la categoría de tales y fortalecen la conclusión del primero con el que están adecuadamente relacionados, y porque aún prescindiendo del cuarto, aquellos presentan valor probatorio suficiente para justificar la sentencia condenatoria.

Considerandos:

1. *Aspecto fundamental del indicio como prueba —ha dicho esta Sala— "es el de su unidad al que se refiere nuestro estatuto procesal*

penal cuando señala que 'las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador constituyen un solo indicio'; conforme a este principio de universal aceptación, de un hecho indicador solamente puede surgir un indicio; las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan, derívanse de la confusión entre hecho indicador y circunstancias o momentos que lo integran y que en veces se toman como otros tantos hechos indicadores: Estos son el factum *que con objetiva autonomía apunta hacia la persona con la que se conecta materialmente; aquellos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen por sí mismo el poder unívocamente orientador del hecho indicante" (Casación de julio 27 de 1982).*

Cuando se habla, pues, de pluralidad de indicios es necesario examinar si realmente existen varios hechos indicadores simples o circunstancialmente complejos con entidad propia y unidireccionalmente orientados hacia el mismo hecho punible o hacia el mismo autor; sin embargo esta intrínseca autonomía naturalística de aquellos no significa aislamiento o insularidad ontológica; al contrario, ha de estar acompañada de una lógica conexidad y de una convergencia mutua respecto del mismo hecho indicado.

2. La posesión lógicamente inexplicada del semoviente en poder del procesado, su premurosa venta y el mismo precio notablemente reducido de la transacción ($ 25.000.oo en vez de $ 38.000.oo que era su valor comercial) no son como lo sostiene el recurrente un solo indicio, sino pluralidad de ellos con propia autonomía pero convergentes hacia la persona de Monroy Vargas como autora de la sustracción, pues cada uno tiene vida propia, como que el apoderamiento y posesión del animal no conduce necesariamente a su venta ni esta lleva a la fijación de un precio notoriamente inferior al real. Constituyen sí anillos de una misma cadena probatoria que se cierra, junto con los que se precisarán enseguida, en torno al procesado.

3. En efecto, a estos han de sumarse otro dos bien dicientes, a saber: La devolución parcial del precio del novillo que hizo Monroy Vargas a quien se lo vendió cuando fue capturado días después ($ 19.000.oo que tenía en ese momento y promesa de entregarle el resto) actitud que no se explicaría en quien tuviese la certeza de la legítima procedencia del animal, y el intento de soborno al agente de policía que lo aprehendió para que no cumpliera la orden de captura que pesaba sobre él, comportamiento este que permite suponer racionalmente la inocultable pretensión de eludir una investigación penal. Conviene precisar en relación con este último indicio —para refutar una apreciación del recurrente— que aunque el procesado no le ofreció al agente de policía Carreño Lache una determinada cantidad de dinero, el empleo de la expresión "pasarle algo" es bien diciente y no puede ser entendida sino en el sentido de oferta económica; por lo demás, nada se opone a otorgarle plena credibilidad el funcionario policial en este como en los demás aspectos de su testimonio, claro, enfático y circunstanciado.

4. Resulta así, que los indicios precedentemente señalados son suficientes para edificar sobre ellos —como lo hizo el Tribunal— sentencia de condena, y a esa conclusión se llega, aún desestimándose

como prueba indicial el hecho procesal de las declaraciones sobre buena conducta del procesado, en este caso no sólo porque el incidente no tiene conexión racional y directa con el delito cometido ni con la persona de su autor, sino porque quienes fueron mencionados por Monroy Vargas para que diesen noticia de su persona, efectivamente declararon y ninguno de ellos tildó de mala su conducta: Dos dijeron no tener opinión sobre ese aspecto y el otro manifestó que había tenido con él relaciones comerciales y había cumplido sus compromisos (fls. 111/13).

Conclúyese pues, que no hubo manifiesto error del Tribunal en la apreciación de la prueba indicial y que, por lo mismo, no prospera el cargo planteado por el demandante.

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.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

CONSTITUCION DE PARTE CIVIL (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA)

Si un particular se ha sentido lesionado con ese comportamiento no hay razón valedera para desconocer el derecho que tiene a demostrar la lesión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 99.

Vistos:

El señor apoderado de la persona que fue oída en indagatoria dentro de las presentes diligencias interpuso recurso de apelación contra la providencia que aceptó la demanda de constitución de parte civil. Concedido el recurso y cumplido el trámite de la instancia se procede a resolver.

Resultandos y considerandos:

Se inició la investigación penal en contra del doctor Joel de J. Arbeláez en virtud de la denuncia formulada por el abogado Alvaro Vélez Restrepo quien afirmó que dentro de los procesos acumulados que se seguían contra Miguel Agudelo Foronda, en el cual había sido designado vocero, se le había negado la posibilidad de leer el expediente para cumplir con sus funciones. El Tribunal estimó que los hechos denunciados no habían tenido ocurrencia y por lo tanto profirió auto inhibitorio; no obstante, esta Sala al conocer de la apelación interpuesta contra esa determinación, estimó que debía iniciarse investigación penal para aclarar algunos aspectos que no habían sido despejados del todo en la indagación preliminar.

El abogado César Augusto Valencia Delgado presentó demanda de constitución de parte civil en representación del supuestamente ofendido. El Tribunal Superior de Medellín aceptó dicha demanda y reconoció personería en providencia del 9 de agosto del corriente año. Contra esta providencia recurrió el señor apoderado del indagado.

En la Corte se recibieron escritos del representante de la parte civil, del señor apoderado y del Ministerio Público.

El apoderado de la parte civil pide que se confirme el auto apelado, pues toda persona natural o jurídica perjudicada con el delito puede constituirse en parte civil. Afirma que está probado el perjuicio moral y material sufrido por el ofendido, pues como consecuencia de la actitud de los funcionarios del juzgado perdió sus honorarios profesionales.

Por su parte el señor apoderado del doctor Arbeláez sostiene que el abogado Vélez no tiene el carácter de perjudicado que legitime su actuación como parte civil dentro de este proceso. Afirma que la visita de Vélez al Juzgado Superior no fue otra cosa que un montaje para separar al juez Arbeláez del conocimiento de los procesos que se adelantaban contra Agudelo Foronda. Además, a Agudelo se le hizo firmar una hoja en blanco, de la cual salió el poder para la vocería, como pretexto para desalojar al juez del proceso, fuera de que ningún daño podía ocasionársele por cuanto el proceso de todas maneras se encontraba en fotocopias, en poder del defensor y allí podía ser estudiado por el vocero.

El señor Agente del Ministerio Público estima que aunque breve y esquemática, la demanda de parte civil reúne los requisitos para ser aceptada y, por lo tanto, es correcto el auto que la aceptó, razón por la cual debe ser confirmada.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus sucesores, podrían constituirse parte civil dentro del proceso penal. Es obvio que la constitución de parte civil puede tener ocurrencia una vez se haya iniciado la investigación que tiene por finalidad averiguar sobre la posible comisión de un hecho delictivo y sus autores, mientras que a la parte civil corresponde la pretensión indemnizatoria; no obstante, ni la iniciación de un proceso denota necesariamente la comisión de un ilícito o la responsabilidad del sindicado, ni la aceptación de una demanda de parte civil implica que efectivamente se haya ocasionado perjuicio.

En el presente caso se sindica a un funcionario público de la posible comisión de un abuso de autoridad y la persona que se ha considerado afectada con la conducta del servidor público ha sido aceptada como parte civil dentro del proceso penal, lo que en el actual momento procesal resulta inobjetable, pues también se pueden ocasionar perjuicios son la comisión de atentados contra la administración pública.

Doctrinariamente se ha señalado la diferencia entre sujeto pasivo y perjudicado, entendiendo por el primero al titular del bien jurídicamente tutelado, mientras que el perjudicado es la persona que recibe las consecuencias lesivas del hecho y que pueden dar lugar a reparación. En este caso el sujeto pasivo es el Estado por cuanto es el titular del bien jurídico conocido en forma genérica como correcta administración pública; empero como un particular se ha sentido lesionado con ese comportamiento y no hay razón valedera para desconocer el derecho que tiene a demostrar la lesión, la demanda de parte civil fue correctamente aceptada y por ello el auto recurrido merecerá confirmación.

Encuentra la Sala que el comportamiento profesional de los doctores César Augusto Valencia Delgado y Alvaro Vélez Restrepo merece ser investigado disciplinariamente. No sólo la persistente e innecesaria acritud de sus memoriales, sino las afirmaciones que se han hecho bajo la gravedad del juramento según las cuales estos litigantes buscaban únicamente impedir la realización de una audiencia pública y lograr la separación del juez del conocimiento. Para impedir la realización de la audiencia pública el abogado Valencia presentó una certificación de incapacidad sin estar enfermo, según lo aseveraron José Octavio Rueda Giraldo y su poderdante Agudelo Foronda, a quien además, según lo dicho por éste, le retuvo su cédula de ciudadanía hasta que le pagó $ 100.000.oo. Estas afirmaciones deben dar lugar a que se compulsen las copias indispensables para las indagaciones a que haya lugar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

1º Confirmar el auto apelado.

2º Ordenar que por el Tribunal Superior de Medellín sean compulsadas las copias necesarias para los fines indicados en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DIMINUENTE DE RESPONSABILIDAD

(Artículo 28 del Código Penal de 1936. Artículo 40 del Código Penal actual)

Los factores que deben tenerse en cuenta son: 1. El tenor literal del veredicto, 2. Las peticiones de las partes al final de sus alegaciones en audiencia y 3. La prueba de los hechos en el proceso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 100 de 29 de noviembre de 1983.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de 18 de noviembre de 1982, que condenó a *Custodio Cepeda Jiménez* como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y fuga de presos, a la pena principal de quince (15) años y seis (6) meses de prisión, a más de las accesorias de ley y al pago de perjuicios civiles.

1. Los hechos:

Custodio Cepeda Jiménez dio muerte a su esposa Graciela Jiménez con disparos de arma de fuego en las primeras horas de la noche del 2 de octubre de 1980, en las afueras del municipio de Ciénaga en el Departamento de Boyacá. Fue capturado poco después y cuando estaba detenido escapó de la cárcel.

2. Actuación procesal:

Inició la investigación de lo sucedido el Juzgado Municipal de la localidad y correspondió su conocimiento, por competencia, al Juzgado 7º Superior de Tunja en donde se llamó al procesado a responder en juicio ante jurado por el delito de homicidio agravado. Más tarde se le llamó a responder en juicio por fuga de presos y ejecutoriados los dos autos de proceder se acumularon las causas.

Dos cuestionarios fueron sometidos a la consideración del jurado cuyos veredictos fueron: a) "Sí es responsable en estado de ira" para el homicidio, y b) "Sí es responsable" para el de fuga. El juzgado de primera instancia acogió dichos veredictos y al considerar el primero como reconocedor de una circunstancia atenuante aplicó una pena de seis (6) años de prisión para los dos delitos en sentencia de 12 de julio de 1982. El Tribunal Superior de Tunja conoció del asunto por vía de consulta y en la sentencia objeto del recurso que ahora se resuelve modificó la de primera instancia para rechazar la diminuente de pena y condenó a Cepeda Jiménez a un total de quince (15) años y seis (6) meses de prisión por los dos delitos.

3. La demanda:

Se impugna la sentencia de segunda instancia en cuanto atañe al delito de homicidio mas no en relación con la fuga. Así limitada la censura, ésta se apoya en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y se alega, en consecuencia, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

Con cita de jurisprudencia de la Sala afirma que afortunadamente se ha roto "la inflexibilidad anterior" en la interpretación de veredictos como el que se dio en la presente causa. En consecuencia, dice, cuando los miembros del jurado contestaron "sí es responsable en estado de ira" reconocieron la circunstancia atenuadora de pena prevista en el artículo 28 del Código Penal anterior, aplicable al caso de autos por la época de sucesión de los hechos, o del artículo 60 de la codificación penal que rige desde el 29 de enero de 1981, por tanto, debe aceptarse que hubo por parte de la víctima una grave e injusta provocación como decía la legislación anterior, o un comportamiento grave e injusto como dice la que ahora rige.

Efectúa luego una serie de razonamientos tendientes a demostrar sobre la base de la aplicación del artículo 363 del Código Penal de 1936 por lo que respecta al homicidio y del artículo 60 del Código Penal de 1936 por lo que se refiere a la circunstancia atenuante, debió imponerse al procesado una pena no mayor de cinco (5) años de prisión. Solicita, en consecuencia, se case la sentencia y se imponga al procesado la sanción que, según dice, sería la adecuada.

4. Contestación del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a que se case la sentencia protestada con cita de una nutrida jurisprudencia acerca del tema de los veredictos incompletos que unas veces se han interpretado como reconocedores de atenuación de pena por ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación o comportamiento ajeno e injusto y otras veces no.

Con apoyo en la doctrina que selecciona y que abarca los cuatro últimos años estima que los criterios para interpretar dichos veredictos son los siguientes: "El tenor literal de la respuesta; las intervenciones de las partes en la audiencia; y, obviamente, el desarrollo de los hechos conforme a la prueba recaudada en el sumario y en la causa".

Analiza cada uno de dichos factores de interpretación para oponerse a las pretensiones de la demanda porque la defensa no ilustró suficientemente al jurado sobre la manera correcta de contestar el cuestionario propuesto y, una vez proferido el veredicto no pidió su aclaración o complementación que en verdad solamente se refirió al ánimo del acusado al momento de cometer la infracción y nada autoriza para suponer que tuvo su origen en un comportamiento grave e injusto de la víctima y, finalmente, que toda la prueba recogida en la sumaria y no alterada en la causa arroja como verdad inconcusa que el procesado y su esposa "vivían en permanente desaveniencia" y el día de los hechos "observaron una conducta que no era insólita sino prácticamente la que acostumbraban en su trato diario".

5. Las consideraciones de la Sala:

La demanda replantea el ya conocido tema de los veredictos incompletos u oscuros cuando de reconocer o no la circunstancia de atenuación punitiva que consagra el artículo 28 del Código Penal de 1936 y prevé ahora el artículo 60 del Código Penal de 1980, se trata.

Inicialmente la jurisprudencia se orientó por un criterio rigorista en la interpretación de tales veredictos y exigió una fórmula ceñida a las palabras de la ley. Según esta tendencia una contestación al cuestionario adecuada y aceptable debía reproducir uno a uno los distintos aspectos señalados por la norma. Se debía obtener del jurado una contestación que dijera: "Sí es responsable pero en estado de ira (o de intenso dolor en su caso) causada por grave e injusta provocación". Claro trasunto de lo dicho se ve en las transcripciones que a continuación aparecen: "La omisión en el veredicto, de la injusticia o gravedad, desintegra el fenómeno del artículo 28, pudiendo originar otro como el del artículo 38, ordinal 3º" (Sentencia de 8 de marzo de 1948 LXIV, 191, 1º de julio de 1949, LXVI, 395; 14 de febrero de 1960, LXVII, 79; 1º de marzo de 1950, LXVII, 202; 12 de junio de 1951, LXIX, 760; 13 de julio de 1951, LXX, 113, y 28 de agosto de 1951, LXX, 196) y "haber dicho en el veredicto que el acusado obró en estado de ira es una expresión sin alcance modificativo de la responsabilidad, porque lo esencial para que se llenen los requisitos del artículo 28 del Código Penal es que el estado de ira haya sido causado por grave e injusta provocación" (Sentencia de 14 de abril de 1961, XCV, 539, 31 de enero de 1962, XCVIII, 79 y 30 de abril de 1962, XCVIII, 645).

Más tarde se aceptaron algunas respuestas que sin reunir tantos requisitos de forma permiten buscar la verdadera intención del jurado al proferirlas en cada caso concreto. Sin desconocer que hay elementos en el artículo 28 del Código Penal de 1936, o en el 60 del Código Penal de 1980, que no pueden desintegrarse, se llegó a la conclusión de que sin suplantar la voluntad del jurado ni traicionar los intereses del procesado, existen tres factores de hermenéutica que pueden combinarse para la cabal interpretación del veredicto y llegar a la conclusión de que pueda o no encontrarse allí el reconocimiento de la diminuente de sanción. Tal tendencia viene acentuándose aún más en los últimos cuatro años tal como aparece en el recuento de distintos fallos que cita el Ministerio Público en este caso. Los factores que deben tenerse

en cuenta, son: 1. El tenor literal del veredicto, 2. Las peticiones de las partes al final de sus alegaciones en audiencia, y 3. La prueba de los hechos en el proceso.

En el asunto examinado no se dan las bases para encontrar en la veredicción el reconocimiento de la circunstancia que considera el censor debió servir de base a la sentencia y de medida para la sanción.

El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal dice así: "Veredicto. Los jurados deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o 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". En esta ocasión el jurado contestó con el obligatorio "sí" afirmativo de responsabilidad y agregó, con la brevedad prevista en la disposición, "en estado de ira". Nadie solicitó aclaración de la respuesta que, por otros aspectos ni contraría la evidencia de los hechos ni resulta contradictoria y constituye, por tanto, base suficiente para emitir una sentencia que armonice con ella.

Ese veredicto no puede interpretarse como reconocedor de la diminuente de pena prevista en el artículo 28 del Código Penal de 1936 vigente para la época de sucesión de los hechos. Bien entendida solamente concreta el estado anímico del procesado al momento de consumar el homicidio y equivale a decir que obró enojado, irritado, enfadado, furibundo y colérico. Estas palabras en su sentido natural y corriente son sinónimas de iracundo.

Lo dicho se refuerza aún más al tener en cuenta que ni siquiera se utilizó la conjunción adversativa "pero" que suele acompañar a esta clase de respuestas y que no carece de valor para obtener una cabal comprensión del querer del jurado. El afirmar la ira como estado anímico explicativo de un determinado proceder no presupone, por sí solo, la provocación grave e injusta o el comportamiento ajeno grave e injusto que, provenientes de la víctima, hubieran podido suscitarlo en el agente.

El segundo factor que ayuda a lograr una cabal interpretación del veredicto lo constituyen las peticiones de las partes durante el debate con que culmina el juicio aunque los integrantes del jurado no están obligados o limitados por ellas dada su incuestionable soberanía decisoria. En muchas ocasiones la respuesta reproduce textualmente algunas de dichas peticiones. En otras la situación es totalmente opuesta a las mismas. Y entre los dos extremos dichos, respuestas se dan que, a pesar de sus defectos permiten concluir que con ellas se acepta una determinada tesis.

En este caso el Fiscal sostuvo los cargos del auto de proceder y solicitó una respuesta que afirmara la responsabilidad sin atenuantes del procesado. El defensor planteó varias hipótesis: Legítima defensa, exceso en la legítima defensa y finalmente, "ira e intenso dolor" porque por las ofensas de su esposa el procesado estaba "indignado". En

este último punto el acta de la diligencia de audiencia dice que el defensor ilustró el jurado sobre esta figura jurídica.

Sobre dichas bases hay que aceptar, como lo dice el Ministerio Público, que al suscribir el acta de audiencia el defensor "estuvo de acuerdo con su texto" y, en consecuencia, cabe pensar que la ilustración no fue suficiente o a pesar de serlo el jurado la desestimó pues su respuesta sólo refleja que afirmó el estado anímico del procesado, como se dejó dicho, pero no que tal estado se debiera a una provocación grave e injusta de parte del sujeto pasivo de su actuar violento.

Por otra parte, del examen de los hechos y de sus antecedentes puede saberse con claridad que nunca vivieron en paz los protagonistas del caso. Las relaciones matrimoniales fueron tirantes de principio a fin. Las injurias y agresiones eran cotidianas. En estas circunstancias un desenlace fatal podía suceder en cualquier momento. Y sucedió, no porque mediaran provocaciones graves e injustas porque los que declaran no dicen que existieran, sino por el recíproco ánimo malquisto de los dos.

Por lo dicho se concluye que no prospera el recurso.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

EXTRADICION

TRATADOS INTERNACIONALES

EXAMEN JURIDICO DE LA CUESTION

No es pertinente para decidir sobre este punto hacer consideraciones relacionadas con aquellos mecanismos de derecho interno que regulan la aplicación de la ley penal nacional, cuando en un tratado de extradición se ha resuelto concederla aún en hipótesis en las que sin la existencia del tratado sería aplicable la legislación penal colombiana. Si en una tal situación se considera inconveniente o hasta pernicioso el compromiso internacional adquirido, no parece haber solución jurídica distinta de la de denunciar el convenio

Si la Corte ha hecho ya en su concepto, como debe hacerlo, el examen jurídico de la cuestión, no es tarea del Gobierno volver sobre ese aspecto y, menos aún, cimentar su decisión contraria a la extradición en consideraciones jurídicas opuestas a las que sirvieron a la Corte para emitir su concepto favorable; si así fuera, sobraría el pronunciamiento previo de la Sala, a más de que se le estaría sometiendo a una instancia de revisión administrativa no prevista en la ley ni tratado alguno

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 100.

Vistos:

Por la vía diplomática el Gobierno de los Estados Unidos de América ha solicitado al de Colombia la extradición del ciudadano *Carlos Lehder Rivas.* Enviada la documentación respectiva a esta Corporación ha de rendirse el concepto de ley.

Resultandos:

1. A la solicitud oficial de extradición se han acompañado los siguientes documentos, oficialmente traducidos al idioma castellano y debidamente autenticados: a) Resumen escrito del Fiscal Federal de la causa contra Carlos Lehder (sumario Nº 81-82-Cr-J-M), señor Ernest D. Mueller con precisión de los cargos y señalamiento de los delitos imputados y de su sanción penal; b) Auto de acusación contra el señor Lehder y otros emitido por el gran jurado para el Distrito Central de la Florida División de Jacksonville, en el que se indican doce imputaciones delictivas conforme a normas penales de la legislación norteamericana, y con enumeración de las disposiciones aplicables y de las penas imponibles para cada una de ellas; esta providencia fue emitida el 18 de septiembre de 1981 y se refiere a hechos cometidos en territorio norteamericano entre el mes de junio de 1978 y el mes de abril de 1980; c) Compilación de las normas penales norteamericanas que describen los hechos punibles atribuidos al señor Lehder y las sanciones previstas para cada uno de ellos; d) Orden de detención emitida contra el señor Lehder por estos hechos el 21 de septiembre de 1981; e) Solicitud oficial de retiro del cargo siete mencionado en el auto de acusación del gran jurado y aceptación de la misma por el Juez Distrital Howell W. Milton; f) Testimonios incriminatorios de Edward H. Hard, Leverette Merril Francis, Paul Sullivan Alexander, Robert Lee Crouser, y Charles Gregory von Eberstein, y g) Fotocopias de la cédula de ciudadanía, de huellas dactilares y de fotografías del señor Lehder.

2. El señor apoderado de Carlos Lehder solicita a la Corte que emita concepto desfavorable a la extradición de su patrocinado porque no existe identidad jurídica entre los delitos por los que se le acusa conforme a la legislación norteamericana y las normas penales colombianas sobre tales materias, porque siendo nacional colombiano su extradición sería violatoria de los artículos 16 y 26 de la Constitución Colombiana, porque en razón del principio de favorabilidad han de aplicársele las normas de nuestro Código Penal ya que los hechos encajan en las previsiones de los numerales 1º y 4º del artículo 15 de dicho estatuto, porque los testimonios de cargo contra el señor Lehder carecen de valor probatorio en nuestra legislación y porque no es jurídica la aplicación del tratado a hechos ocurridos antes de su vigencia.

Considerandos:

1. Lato sensu *entendida la extradición es un fenómeno que consiste básicamente en la solicitud, oferta o entrega de un procesado o condenado que un Estado hace a otro para continuar contra él un proceso iniciado o para hacer efectiva en su respecto una sentencia de condena por hecho punible cometido.*

2. *Dadas su naturaleza y finalidad, la extradición pertenece en esencia al derecho penal internacional (sin perjuicio de regulaciones legales internas), pues supone siempre acuerdo entre dos o más Estados; trátase, en verdad, de mecanismos jurídicos orientados hacia la mutua cooperación en la lucha contra el delito, especialmente cuando la facilidad de comunicación y desplazamiento ha roto las barreras*

geográficas que antaño limitaban el escenario de la criminalidad, y hoy lo extienden sin fronteras a cualquier territorio del planeta; gracias a tales convenios es posible forzar la presencia de una persona en el sitio donde delinquió para que responda del hecho cometido aunque se haya refugiado en otro Estado; se estrecha de esa manera la brecha de la impunidad porque es más probable el éxito de una investigación cuando ella se realiza y culmina allí donde se cometió el delito que cuando su autor pretende ser juzgado en latitud distinta y distante de aquella en que delinquió, si es que llegare a existir —hecho improbable— algún interés en procesarlo; constituye, además, garantía del debido proceso porque la presencia física del imputado en el estado requirente le significa mejores oportunidades de defensa.

3. *Desde el siglo pasado Colombia ha firmado tratados de extradición con otros Estados, entre ellos el de 7 de mayo de 1888 con Estados Unidos (aprobado por la Ley 65 del mismo año), el llamado Acuerdo Bolivariano del 18 de julio de 1911 (aprobado por la Ley 26 de 1913), el tratado de Montevideo del 26 de diciembre de 1933 (aprobado por la Ley 74 de 1935) y más recientemente un nuevo convenio con Estados Unidos de América suscrito el 14 de septiembre de 1979 y aprobado por la Ley 27 de 1980. En todos ellos las altas partes contratantes se han comprometido a cumplir las solicitudes de extradición de acuerdo con las estipulaciones allí consignadas sobre bases de natural reciprocidad.*

4. *La primacía de los convenios internacionales en esta materia ha sido tradición legislativa nacional: En efecto el Código Penal de 1890 señalaba en su artículo 18 la primacía de los tratados o convenios en cuanto a la extradición por delitos comunes; el Código Judicial de 1888 por su parte, daba prelación a los tratados sobre las normas internas que regulaban la extradición (arts. 1972 y 1974); el Código Penal de 1936 estipulaba en su artículo 9º que "la extradición se concederá de acuerdo con los tratados públicos", y agregaba que sólo a falta de ellos "el gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal". Y el actual estatuto punitivo nacional, reitera en su artículo 17 que "la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos" y que la legislación interna se aplicará únicamente en ausencia de tales convenios. No sobra recordar a este propósito que como la Constitución Nacional nada dice en punto a extradición, es esta una materia que está reservada a las determinaciones del legislador que de ella se ocupa al regularla procesalmente (arts. 733/62 del C. de P. P.; Decreto 2200 de 1938) o al decidir sobre aprobación de convenios internacionales. Resulta, pues, incuestionable que mientras esté vigente un acuerdo de extradición con algún Estado, el Gobierno colombiano debe cumplirlo aunque en él se pacten cláusulas diversas de las que sobre aspectos idénticos estén previstas en la legislación sustantiva o procesal colombiana, cuya aplicación como ya se ha dicho es en tales materias subsidiaria. Por lo demás, esta prevalencia del tratado sobre la legislación interna no es sólo principio básico y consustancial del derecho internacional, sino que en este específico sector de la extradición ha sido invariablemente reiterado por la Corte como puede observarse, entre otros, en los conceptos de 11 de mayo de 1944 (LVII, 614), 9 de abril de 1945 (LIX, 209), 27 de*

marzo de 1947 (LXIII 145), 25 de agosto de 1951 (LXX, 192), 20 de marzo de 1972 (CXLII, 295), 6 de julio de 1983.

5. *Cuestión polémica ha sido tradicionalmente la que atañe con la extradición de nacionales; suele afirmarse, por ejemplo, que la entrega de un nacional para que sea juzgado por otro Estado donde cometió delito, integralmente o en sus fases inicial o consumativa, o para que en él cumpla sentencia de condena allí impuesta, lesiona la soberanía nacional, como si esta sufriera detrimento alguno por el hecho de que un colombiano sea juzgado en el país donde delinquió o sometido a la condena que contra él se profirió en el Estado donde consumó su delito y donde fue legalmente procesado; es decir, porque se hizo o pretende hacer justicia con aplicación de las normas legales vigentes allí donde cometió el hecho punible.*

La más clara manifestación de soberanía en materia penal es la que se traduce en el ejercicio de la potestad punitiva estatal a quienes —nacionales o extranjeros— delincan dentro del territorio patrio; obsérvese, no obstante, que aún en tal caso el Código Penal vigente en su artículo 13 deja a salvo "las excepciones consagradas en el derecho internacional"; es más, el artículo 16 expresamente reconoce validez jurídica a la sentencia extranjera en materia penal, salvo en los eventos de la territorialidad por extensión (art. 14, numeral 1º) y del delito cometido en el exterior por agente diplomático o consular del Gobierno colombiano (art. 15, numeral 2º).

Pero, independientemente de cualquier consideración de conveniencia o de cualquier argumento patriótico, necesario es reconocer que este punto ha de ser resuelto con el mismo criterio de primacía del tratado internacional sobre la legislación interna; por manera que la existencia del Código Penal de 1936 que prohibía la extradición de nacionales (art. 9º), no impidió que Colombia pactase por convenio bilateral o multilateral su entrega dentro de los precisos límites del acuerdo y con irrestricta aplicación del principio de reciprocidad; así lo ha reconocido esta Corporación en muchas oportunidades antiguas y recientes, desde 1944 hasta el presente año. En una de ellas, en la que se pedía por el Gobierno de los Estados Unidos la entrega de un colombiano, dijo a este respecto: "Según el artículo 20 de la Ley 66 de 1888, es enteramente discrecional de las altas partes contratantes (Colombia y Estados Unidos de América) entregar sus propios ciudadanos, estipulación que desde luego difiere de la tajante prohibición que el artículo 9º del Código Penal consagra en su tercer inciso. Prevalece, en consecuencia, aquella sobre esta, y ello significa que es facultativo para el Gobierno de Colombia en el presente caso, entregar al ciudadano reclamado" (concepto de 27 de marzo de 1972, CXLII, 295).

Hoy, a la luz de la actual regulación normativa la solución del problema es mucho más simple y clara. En efecto, el inciso 2º del artículo 17 del Código Penal vigente determina que "la extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos"; *allí solamente se prohíbe el ofrecimiento de la extradición de nacionales. Y en cuanto a los convenios de extradición con otros Estados (Honduras, El Salvador, República Dominicana, Haití, Argentina, Uruguay, Paraguay, México, Panamá, Guatemala, Brasil, Ecuador, Nicaragua,*

Chile, Perú, Cuba, Bolivia, Venezuela, Estados Unidos de América), en ellos no se prohíbe la extradición de nacionales; el Tratado de Montevideo por ejemplo, se limita a indicar que podrá o no acordarse la entrega de nacionales "según lo determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido" (art. 2º). Bien puede afirmarse que en el plano internacional tradicionalmente Colombia no se ha mostrado adversa a la extradición de sus nacionales.

Este punto, sin embargo, está clara y taxativamente resuelto en el tratado de extradición colombo americano (Ley 27 de 1980), pues su artículo 8º, luego de indicar que ninguna de las partes está obligada a entregar a sus propios nacionales, agrega que no obstante, se concederá *la extradición de nacionales, de conformidad con las disposiciones del presente tratado, "a) cuando el delito comprenda actos que que se hayan realizado en el territorio de* ambos *Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente", es decir, cuando el delito haya comenzado a ejecutarse en territorio colombiano y se consume o frustre en el de los Estados Unidos, cualquiera sea el mecanismo de autoría o participación utilizado (autoría material inmediata o mediata, determinación, coautoría, complicidad) o cuando se trate de hechos naturalísticamente complejos en los que en el decurso delictivo de la acción se haya iniciado en Colombia y continúe en territorio norteamericano, o viceversa, independientemente de que allí tenga o no efectiva consumación, y aunque la parte del hecho realizado en nuestro país configure de suyo delito conforme a la legislación nacional, a menos que por* ese mismo hecho *"la persona reclamada haya sido juzgada y condenada o absuelta por el Estado requerido" (art. 5º del tratado) —situación jurídica que, por supuesto, ha de estar consolidada al producirse la solicitud de extradición y que no puede soslayarse con orden o petición de iniciar sumario, pero ni siquiera con auto enjuiciatorio— caso en el cual no procede la extradición; como tampoco es viable cuando el delito se ha cometido* integral y físicamente *en territorio colombiano, se ha iniciado proceso y su autor es reclamado por las autoridades norteamericanas* por ese mismo hecho, *que fue lo que ocurrió con la solicitud de extradición de Armando Benítez, José Iván Duarte Acero y Jairo David Valencia Cárdenas a quienes, además, ya se les había dictado auto de proceder en Colombia (Concepto de 30 de mayo de 1983).*

No es, entonces, pertinente para decidir sobre este punto hacer consideraciones relacionadas con aquellos mecanismos de derecho interno que regulan la aplicación de la ley penal nacional, cuando en un tratado de extradición se ha resuelto concederla aún en hipótesis en las que sin la existencia del tratado sería aplicable la legislación penal colombiana. Si en una tal situación se considera inconveniente o hasta pernicioso el compromiso internacional adquirido, no parece haber solución jurídica distinta de la de denunciar el convenio, mecanismo este, que por lo demás, suele estar previsto en los tratados y lo está ciertamente en el artículo 21 numeral 4º del que suscribieron Colombia y los Estados Unidos de América en 1979.

6. *El trámite y decisión propios de la extradición puede estar controlado por la Rama Administrativa del Poder Público, por la Judicial o por ambas, según se convenga en el respectivo tratado, o de*

acuerdo con la subsidiaria regulación normativa nacional. Entre nosotros se aplica el sistema mixto con intervención administrativa de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Presidente de la República, y judicial de la Corte Suprema, Sala Penal; el primero de aquellos, al recibir o enviar la documentación pertinente, y al indicar si en el caso concreto hay tratado que lo regule o deben aplicarse las normas nacionales, el segundo al examinarla formalmente a la luz de las disposiciones del tratado o de la legislación colombiana, el tercero al emitir con el Ministerio de Justicia la resolución que concede o niega la extradición, y la Corte Suprema, al proferir concepto sobre ella.

La intervención de esta Sala se concreta en lo sustancial a realizar una confrontación entre los documentos aportados por el Estado requirente y las normas del respectivo convenio, o subsidiariamente de la legislación nacional, para determinar si se acomoda integralmente a estas en cuyo caso conceptuará favorablemente a la extradición, o no se aviene a ellas y entonces emitirá opinión adversa. Frente a ese pronunciamiento de la Corte, el Gobierno decidirá sobre el requerimiento de extradición en resolución que deberá ser negativa si así fue el concepto de la Corte, pero que puede ser favorable o desfavorable cuando dicha opinión sea positiva; en tal evento, la resolución gubernamental que niega la extradición ha de estar fundada en razones de conveniencia nacional, *como lo precisa el inciso 2º del artículo 748 del Código de Procedimiento Penal aplicable como complemento de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 12 del tratado que exige razonar la "denegación total o parcial de la solicitud de extradición". Y es que si la Corte ha hecho ya en su concepto —como debe hacerlo— el examen jurídico de la cuestión, no es tarea del gobierno volver sobre ese aspecto y menos aún cimentar su decisión contraria a la extradición en consideraciones jurídicas opuestas a las que sirvieron a la Corte para emitir su concepto favorable; si así fuera, sobraría el pronunciamiento previo de la Sala, a más de que se le estaría sometiendo a una instancia de revisión administrativa no prevista en ley ni tratado alguno. Es innegable, clara y necesaria —desde luego— la potestad gubernamental para optar por conceder o negar la extradición pedida cuando el concepto de la Corte es favorable, pero se trata de una decisión política en cuanto autónoma y ligada solamente a consideraciones soberanas de conveniencia nacional; sólo así se respetan las órbitas judicial y administrativa que armoniosamente concurren en el examen y decisión de esta materia.*

No obstante, por virtud de las expresas excepciones de los literales a) y b) del artículo 8º del tratado colombo americano, las altas partes contratantes (Colombia y Estados Unidos de América) se comprometieron imperativamente a extraditar a sus propios nacionales por delitos que comprendan actos que se hayan realizado en territorio de ambos Estados con la intención de que se consumen en el Estado requirente o cuando la persona reclamada "haya sido condenada por el Estado requirente por el delito por el cual se solicita la extradición" eventos en que ante concepto favorable de esta Corporación, el Gobierno nacional no puede en derecho —mientras esté vigente este convenio— negarse a la entrega del colombiano reclamado, ni siquiera por razones de conveniencia nacional.

7. *Cuando la Corte examina los elementos de juicio legalmente aportados en cumplimiento del deber de emitir concepto favorable o adverso a la extradición solicitada, lo hace en un plano jurídico-formal, es decir, referido al lleno de las exigencias previstas en el respectivo tratado o, en su defecto, en la legislación nacional, entre las cuales no se encuentra una evaluación crítica sobre el mérito de las pruebas que sirvieron al Estado requirente para dictar auto de detención, llamar a juicio o condenar a la persona cuya extradición se reclama, pues que tales evaluaciones son potestativas de la autoridad que profiere la respectiva decisión en cuanto referibles a su soberanía jurisdiccional.*

8. *El auto de acusación del gran jurado en el sistema procesal norteamericano equivale a nuestro auto de proceder; en él se identifica al procesado, se precisan los hechos que se le atribuyen, se formula el cargo o cargos pertinentes, se les da la denominación jurídica que corresponda en la legislación vigente, se indican las penas imponibles en caso de condena y se evalúan probatoriamente los elementos de juicio que permiten deducirle responsabilidad penal.*

9. *En el presente caso esa providencia se dictó contra el señor Lehder; allí se le acusa de importar desde el exterior cocaína, de poseerla con la intención de distribuirla en territorio norteamericano y de participar en una empresa criminal continua con otras personas (tráfico de estupefacientes)*, hechos estos cometidos en jurisdicción de los Estados Unidos *(Distrito Judicial de la Florida) entre el mes de junio de 1978 y el mes de abril de 1980 y sancionados en los artículos 841 sección dos, 952, 950 y 963 de los títulos 18 y 21 del Código de los Estados Unidos, con penas de hasta quince años de encarcelamiento y hasta veinticinco mil dólares de multa.*

Conviene precisar que algunos de estos hechos —como la posesión de cocaína y el concierto criminal— fueron consumados integralmente en territorio norteamericano y que otros como el de importación de aquella sustancia, se iniciaron en Colombia con la introducción de cocaína en aviones bajo la supervisión del señor Lehder, continuaron en Cayo Norman donde era provisionalmente almacenada en propiedades de este mismo procesado, y culminaron en el área territorial de Miami con el descargue de las remesas; así se desprende de la vista fiscal y del auto de acusación del gran jurado (fls. 28 y 55/9). Lo que significa que la situación del señor Lehder se acomoda tanto a la previsión del artículo 1º del tratado (delito cometido dentro del territorio del Estado requirente) como a la señalada en el literal a) del artículo 8º (delito que comprende actos realizados en territorio de ambos Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente).

Ahora bien, como el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) incrimina con sanción de tres a doce años de prisión y multa de cinco mil a quinientos mil pesos, entre otros, la conducta de quien introduzca al país, así sea en tránsito, transporte, lleve consigo, conserve, venda, ofrezca o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína, o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y como tanto el Código Penal anterior (art. 208) como el actual (art. 186) han sancionado y sancionan la asociación o concierto de varias personas

para cometer delitos, síguese que hay identidad jurídica entre los delitos por los cuales el gran jurado acusó a Carlos Lehder (posesión y tráfico de estupefacientes y concierto criminal) y los que nuestra legislación describe en los tipos penales precitados; por lo demás los delitos de posesión y tráfico de estupefacientes están comprendidos en el numeral 21 del apéndice del tratado, y el de conspiración, concierto o asociación para delinquir es hecho punible en ambos Estados, y está expresamente mencionado entre los que dan lugar a extradición por el literal a), numeral 4º del artículo 2º del tratado, con lo que se cumplen las exigencias legales del citado convenio (art. 2º, numeral 1º, literales -a- y -b- y numeral 4º, literal -a-).

10. *Si bien es cierto que los hechos imputados a Lehder se cometieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición, no lo es menos que conforme al artículo 20, sus normas se aplicarán a los delitos cometidos "antes y después de la fecha de entrada en vigor del presente tratado", cuando tales hechos constituían delito en ambos Estados "al momento de su comisión", como ocurre en el presente caso.*

No es este, desde luego, un problema de retroactividad de la ley penal ni de aplicación desfavorable de norma incriminadora a conducta no descrita en ley penal cuando se realizó, pues que, se reitera, cuando los hechos se ejecutaron ya estaban previstos como delictivos en los códigos de Colombia y los Estados Unidos de América; trátase más bien de un fenómeno de aplicación de las normas del tratado a hechos punibles ocurridos antes de su vigencia, lo que bien puede ser materia de acuerdo —como lo fue aquí— entre los Estados que así lo consientan.

11. Resulta, así, que la solicitud de extradición del señor Carlos Lehder hecha por el Gobierno de los Estados Unidos de América se ajusta a las normas pertinentes del tratado de extradición suscrito entre ambos países y particularmente a las previsiones y exigencias de sus artículos 1º, 2º, 8º, 9º y 20, por lo que habrá lugar a pronunciamiento positivo.

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

Emitir concepto favorable a la extradición del ciudadano colombiano Carlos Enrique Lehder Rivas identificado con la cédula de ciudadanía número 19.082.126 de Bogotá de acuerdo con solicitud formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PARTE CIVIL. EJERCICIO DENTRO DEL PROCESO PENAL

Si bien la acción indemnizatoria es de naturaleza civil, su ejercicio dentro del proceso penal la subordina a éste, no sólo en el aspecto procesal sino también en lo sustancial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 100.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por la representante de la parte civil, en el proceso seguido a *Luis Carlos Morales Esguerra* por el delito de fraude mediante cheque, contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le negó el recurso extraordinario de casación para la sentencia absolutoria proferida a favor de este procesado.

La controversia:

El Tribunal negó el recurso de casación, en este caso concreto, por las siguientes razones:

1º Porque la pena imponible que es uno de los factores que determinan la procedencia del recurso, resulta inferior al límite fijado por la ley; y,

2º Porque cuando de sentencia absolutorias se trata, la cuantía del interés para recurrir no podía tenerse en cuenta ya que este factor de procedencia del recurso sólo juega en tratándose de sentencias condenatorias.

Por su parte la recurrente sostuvo ante el Tribunal y continúa sosteniendo en esta Corporación que el único factor que se debe tener presente para la procedencia del recurso de casación es el monto del interés jurídico para recurrir según la Ley 22 de 1977, y al respecto precisa:

"...La actuación de la parte civil dentro del proceso penal, se rige exclusivamente por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil y no se deberá tener en cuenta para nada el máximo de la pena fijada en la respectiva disposición penal..."

Se considera:

La parte civil tiene pleno derecho a interponer el recurso de casación. Decir lo contrario sería desconocer que el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal la instituyó en titular de este recurso extraordinario.

Sin embargo, no hay que olvidar que si bien la acción indemnizatoria es de naturaleza civil, su ejercicio dentro del proceso penal la subordina a éste, no sólo en el aspecto procesal sino también en lo sustancial. En el primero, porque regula lo concerniente a los titulares de la acción, la forma de la demanda, la petición de pruebas, las solicitudes que puede hacer, las notificaciones que recibe, los recursos que puede intentar, las decisiones de que es objeto en el proceso y en la sentencia etc.; y, el segundo aspecto, por la necesidad que tiene de que el delito se declare, pues es el presupuesto sine qua non *de la prosperidad de su pretensión indemnizatoria. Entonces, su indudable subordinación pone de relieve su sometimiento a los requisitos que señala la ley procesal penal para que una sentencia sea susceptible del recurso extraordinario de casación.*

En este orden de ideas el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal al determinar la procedencia del recurso, exige:

1º Que se trate de sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial; y ,

2º Que la sentencia referida verse sobre delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Las sentencias susceptibles de este recurso pueden ser absolutorias o de condena.

Es importante recordar que cuando la sentencia es absolutoria no existen limitaciones en lo relativo a la cuantía del interés jurídico para recurrir, la cual se establece para cuando el recurso verse únicamente sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria (art. 3º, Ley 22 de 1977).

En este caso concreto la sentencia que se quiere recurrir por la parte civil fue dictada, en segunda instancia, por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, no obstante, el delito por el cual se profirió no tiene señalada una sanción privativa de la libertad de cinco o más años. Esto significa que no se da, de modo alguno, el segundo de los requisitos indicados por la ley para declarar que es procedente el recurso de casación.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara inadmisible* el recurso de casación contra la sentencia a que se ha hecho mérito.

Envíese esta actuación al Tribunal de instancia para que se agregue al proceso respectivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RAPTO: CODIGO DE 1936

SECUESTRO: DECRETO 100 DE 1980

El rapto no apareció en la codificación promulgada (Decreto 100 de 1980) posiblemente bajo la consideración de que su tipificación especial era innecesaria, por cuanto de todas maneras la conducta quedaba regulada en el nuevo ordenamiento como un delito de secuestro

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 100 de noviembre 29 de 1983.

Vistos:

Procede, de plano, la Sala a resolver el conflicto de competencias que se ha suscitado entre los Jueces Primero Penal del Circuito de Espinal (Tolima) y Primero Penal del Circuito de Florencia (Caquetá), por el conocimiento del proceso en que fue denunciado el señor *Uriel Amaya.*

Hechos:

Isabel Quimbayo Torres y Uriel Amaya quienes vivían en Chicoral y allí tenían relaciones amorosas decidieron irse a vivir juntos. El 18 de julio de 1980 partieron hacia Florencia en donde por primera vez tuvieron relaciones sexuales cuando Isabel aún no había cumplido 14 años. Desde entonces conviven armoniosamente.

Resultandos:

La denuncia penal fue formulada por Margarita Torres viuda de Quimbayo, madre de Isabel, quien después de más de tres años de haber puesto los hechos en conocimiento de la autoridad manifestó que en la actualidad Uriel y su hija viven en Chicoral. Agregó en esta oportunidad: "Pues yo lo que quiero es desistir de este denuncio, pues ella me dijo que se había ido por voluntad de ella, porque ella lo quería y desde que se fueron están viviendo juntos y él le da muy buen trato..."

Por su parte Isabel Quimbayo Torres expresó que se fue de su casa con Uriel pero lo hizo voluntariamente sin que mediara amenaza o promesa de ninguna especie, simplemente porque lo quería. La primera vez que tuvieron relaciones sexuales fue en Florencia, en forma completamente voluntaria. Desde entonces hacen vida en común.

En auto aparece copia de la partida civil de nacimiento de Isabel Quimbayo Torres que nació el 5 de octubre de 1976, esto es, que cuando abandonó el hogar tenía 13 años, 9 meses y 13 días.

Se considera:

La discrepancia de los jueces que se han trabado en conflicto de competencias radica exclusivamente en la tipificación del delito contra la familia o la autonomía personal de que supuestamente se hizo víctima a la menor Isabel Quimbayo Torres al sacarla del lado de su familia.

Cuando los hechos tuvieron ocurrencia la conducta atribuida a Uriel Amaya se hallaba tipificada en el artículo 351 del Código Penal de 1936 que describía el comportamiento que la doctrina conoció como rapto consentido, sancionable únicamente en los casos en que la mujer raptada menor de catorce años prestaba su consentimiento para la sustracción o retención. También esa legislación tipificaba el rapto consentido de menor de dieciséis años. Las disposiciones citadas eran del siguiente tenor:

"*Artículo 350.* Si la mujer fuere menor de dieciséis años y hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

"*Artículo 351.* El que con propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual, arrebate sustraiga o retenga a una menor de catorce años, aún con su consentimiento, estará sujeto a la pena de...".

Todos los proyectos que sirvieron de precedente al vigente Código Penal mantuvieron el delito de rapto, pero no lo ubicaron dentro de los atentados contra la familia, sino como un delito contra la libertad individual. Sin embargo, en relación con este hecho punible ocurrió algo no aclarado en las actas ni en la relación explicativa con que la Comisión Redactora acompañó al proyecto final. En efecto, en esa relación se lee lo siguiente: "En el rapto se elimina del tipo el elemento 'violencia', lo mismo que el recurso a las maniobras engañosas, dado que esas calificaciones modales del comportamiento se hallan ínsitas en los verbos rectores, que son los mismos que se utilizan para describir el secuestro"; empero, a pesar de esta rotunda afirmación, el rapto no apareció en la codificación promulgada mediante el Decreto 100 de 1980, posiblemente bajo la consideración de que su tipificación especial era innecesaria por cuanto de todas maneras la conducta quedaba regulada en el nuevo ordenamiento como un delito de secuestro simple.

El rapto, tanto en su connotación gramatical como en la jurídica de la legislación penal de 1936, representa comportamiento que exige a una mujer como sujeto pasivo. En efecto, el diccionario de

la Real Academia de la Lengua lo define como "Delito que consiste en llevarse de su domicilio, con miras deshonestas, a una mujer por fuerza o por medio de ruegos y promesas engañosas o tratándose de una niña menor de doce años". Así mismo en todas las disposiciones de la derogada codificación que este delito consagraban, se requería que fuera una mujer el sujeto pasivo de la infracción.

Es en principio correcto pensar que la mayoría de los comportamientos que en vigencia de la legislación anterior se sancionaban como un delito de rapto se adecúen en la actualidad a los preceptos que tipifican el delito de secuestro especialmente si se tiene en cuenta que los verbos rectores que anteriormente se empleaban para la descripción de este delito se utilizan en la actualidad para describir el secuestro en sus dos modalidades. Sin embargo, se presentan algunas dificultades que es necesario destacar.

El delito de rapto cuyas finalidades matrimoniales o de satisfacción de deseos eróticos sexuales constituían exigencias típicas, daba lugar a la exclusión de la punibilidad cuando el responsable "contrajera matrimonio con la mujer ofendida"; como en la actualidad esa conducta representa un atentado contra la libertad individual, o más exactamente una lesión a la libertad de locomoción, bajo la denominación de secuestro, el matrimonio subsiguiente no tendrá las consecuencias de exclusión punitiva previstas en la legislación anterior.

De otra parte, no parece acertado afirmar que lo que antes se consideraba rapto constituya siempre un delito de secuestro simple, porque bien podría ocurrir que el secuestrador exigiera por la libertad del secuestrado su entrega o la realización de otro acto del mismo carácter, o aún la entrega sexual de un tercero, como condición de la liberación, casos en los que se presentaría la comisión de un secuestro extorsivo.

La mayor dificultad surge sin embargo, cuando se trata de resolver la situación en que hoy se encuentra quien cometa alguna de las formas de rapto consentido, consagradas en la legislación penal de 1936, pues las anteriores fórmulas legales contenían en su redacción el contrasentido lógico y gramatical que resultaba de concebir un rapto —delito violento o engañoso por definición— con el consentimiento del sujeto pasivo; no obstante, en la legislación anterior por lo menos se indican algunos límites de edad que llevaban al intérprete a la afirmación de que por debajo de esos límites la mujer carecía de capacidad para consentir y, por lo tanto, el consentimiento que prestaba no era válido: pero aún en este entendido los verbos rectores no eran los adecuados y por ello otra ha debido ser la redacción de estas infracciones.

Por esta razón hoy no puede hablarse de secuestro consentido, pues tal como lo dijo la Comisión Redactora los verbos que se emplean para tipificar este hecho punible denotan de suyo actitud violenta o engañosa. En otras palabras, el delito de secuestro se tipifica cuando se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo por cuanto no ha prestado su consentimiento o lo ha prestado en forma aparente.

El delito de secuestro se comete solamente cuando se "arrebate", esto es, se quita o toma con violencia: "sustraiga", que vale tanto

como aparte, extraiga o hurte fraudulentamente; "retenga" en el sentido de detenga; u "oculte" esto es, esconda o encubra a la vista, siempre que esos comportamientos se hayan realizado sobre una persona. El delito de secuestro es conducta que no se estructura cuando el supuesto afectado actúa por su voluntaria y válida determinación, pues los verbos rectores empleados no se refieren a la conducta de quien espontáneamente abandona su familia.

Por el contrario, siempre que la conducta sea violenta o engañosa, en términos generales, cuando se carezca del consentimiento válido de la víctima, se habrá cometido un delito de secuestro, sin que para el efecto tengan importancia consideraciones sobre la edad o el sexo de la víctima. La finalidad perseguida por el agente servirá para diferenciar el secuestro simple de su modalidad extorsiva.

Establecida la tipicidad del comportamiento resultará necesario estudiar si éste es, además, antijurídico. En efecto, la ausencia en la ley de límites relacionados con la edad del sujeto pasivo para dar consentimiento válido en relación con su libertad de locomoción, lleva a pensar que cualquier persona tiene capacidad en esta materia: no obstante, el consentimiento del sujeto pasivo como causal extrapenal de justificación aceptada doctrinariamente, se presente únicamente cuando se dan a plenitud las exigencias que también doctrinariamente han sido precisadas, esto es, que se trate de un derecho susceptible de disposición, que el consentimiento se otorgue previa o coetáneamente a la acción típica, que la persona sea capaz de consentir y que el consentimiento sea voluntario y manifiesto.

Como la plena capacidad se adquiere a la edad de dieciocho años, sólo a partir de esta edad el consentimiento tiene validez y por lo tanto puede justificar las conductas típicas realizadas sobre el sujeto pasivo, siempre que, además, se den los otros requisitos señalados en precedencia.

No obstante, en el presente caso existe una razón diferente que permite resolver el conflicto planteado. En efecto, si de rapto se trata, teniendo en cuenta que esta era la denominación que el hecho tenía cuando se realizó, debe reconocerse que la acción penal se extinguía por el desistimiento del querellante legítimo (art. 356 del Código Penal de 1936). En el caso presente, la madre de la ofendida presentó la querella y tiempo después manifestó en forma expresa que desistía de ella, de modo que aún cuando tal desistimiento no haya sido aceptado judicialmente aún, impediría hoy la prosecución de la acción penal por este concreto ilícito, con favorable aplicación ultraactiva del artículo 356 del Código Penal anterior en concordancia con el 350 *ibídem.*

En estas condiciones le asiste razón al señor Juez Primero Penal del Circuito de Espinal, pues la única conducta regulada penalmente en el momento de su realización y que en la actualidad tiene significación jurídica es el acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Como este hecho se realizó en Florencia la competencia está radicada en el juez del circuito de esta ciudad.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencias planteado en el sentido de atribuir el conocimiento de las presentes diligencias al Juzgado Primero Penal del Circuito de Florencia (Caquetá), a quien deberá enviarse la actuación.

Copia de esta providencia se remitirá al Juzgado Penal del Circuito de Espinal (Tolima).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

ERROR DE HECHO: INEXISTENCIA DE LA PRUEBA

No se trata de un juicio de valor, un concepto jurídico (legalidad de la prueba), sino de una visualización material

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 100 de 30 de noviembre de 1983.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de primero de abril de 1982, con salvamento de voto del Magistrado Plinio Calvachi Velasco, confirmó la condena de *Conrado Guarín Zapata* (cuarenta y dos meses de prisión, multa por valor de diez mil pesos y las accesorias de ley) y revocó la absolución de *Angel Gómez Gómez* y *Conrado Guarín Obando*, a quienes impuso, a cada uno, dieciocho (18) meses de privación de libertad (que debe entenderse como de prisión) y multa de dos mil quinientos pesos, así como las accesorias pertinentes, sanción impuesta a título de cómplices no necesarios. Conviene advertir, que en esa segunda instancia, el Fiscal 5º de esa Corporación, doctor Ulpiano Rueda Rosero, fue de opinión que todos los tres procesados debían recibir absolución.

En tiempo oportuno se interpuso casación, recurso admitido en auto de 22 de julio del año próximo pasado. Ya en proveído de 29 de septiembre, se declaró desierta la impugnación introducida por Conrado Guarín Zapata y Conrado Guarín Obando, y se estimó como ajustada a las formalidades propias del recurso la demanda presentada a nombre de Angel Gómez Gómez.

Hechos y antecedentes procesales:

Así los relaciona el Procurador 1º Delegado en lo Penal:

"...Da cuenta el informativo que la Unidad de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación en la ciudad de Pasto, recibió informaciones el día 28 de diciembre de 1979 sobre el transporte de un cargamento de cocaína de la ciudad de Ipiales por parte del ciudadano Angel Gómez, a quien se venía investigando de tiempo atrás

por presunta participación en el tráfico de estupefacientes. A eso de las 10 de la noche en el retén situado al sur de la capital del Departamento de Nariño, se interceptaron el camión de placas XZ 2666 y el jeep Toyota de placas NV 5812, conducidos el primero por Conrado Guarín Zapata y el último por Angel Gómez Gómez, quien estaba acompañado de Conrado Guarín Obando, padre de aquél.

"En la requisa practicada inmediatamente después de la aprehensión de los vehículos en las instalaciones del Departamento Administrativo de Seguridad y con la intervención de los once funcionarios públicos que suscriben el acta de folios 4 a 5 vuelto del primer cuaderno, se hallaron dentro de un bulto de habas que transportaba el camión '...trece paquetes envueltos con cinta pegante y en bolsas de polietileno de color negro, azul y verde, que contenían una sustancia de color blanco...'. Su peso total fue de 16.050 gramos. Y agrega el acta: 'Acto seguido el agente especial del Grupo Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación procede a realizar el reconocimiento físico y químico de cada uno de los paquetes, usando para tal efecto el reactivo teocinato de cobalto, al aplicarse dicho reactivo al paquete número 1 dio una coloración azul intenso característico de la cocaína...' En los 12 paquetes restantes el resultado fue igual.

"Al día siguiente, 29 de diciembre y con la intervención del Juez 13 de Instrucción Criminal de Pasto se continuó la requisa, hallándose en el campero de placas NV 5812 '...debajo de la «moqueta» del piso del carro campero y hacia los lados, parte delantera dos paquetes pequeños que al parecer contenían cocaína o muestras de esa sustancia, el uno en papel plástico o sea la envoltura y el otro con envoltura de papel común...' (fl. 8).

"En la misma diligencia los representantes de la autoridad examinaron la llanta de repuesto del camión de placas XZ 2666 y hallaron '...10 paquetes aforados con cinta scotch o pegante...' El contenido de estos paquetes al ser sometido a la prueba de Narcotex, resultó positiva para todos (fls. 8 y 9).

"En la misma fecha últimamente indicada, 29 de diciembre de 1979 y ante el Juez 13 de Instrucción Criminal de Pasto, se cumplió la diligencia de reconocimiento, pesaje y destrucción de la sustancia hallada en los vehículos acabados de mencionar. Se dejó expresa constancia en esta actuación, que tanto la Unidad de Policía Judicial de Pasto como el Juzgado de Instrucción Criminal tomaron muestras para su examen por parte del Instituto de Medicina Legal de Bogotá (fl. 15).

"Es más: Se dejó constancia que algunos de los paquetes que contenía cocaína tenían adheridos pedazos de billetes del Perú y que aparecen a folios 17 y 18 del informativo.

"Igualmente, se quiere destacar, que en la primera inspección judicial cumplida por el Juez 13 de Instrucción Criminal de Pasto se hallaron en el campero dos llantas: Una, la de repuesto de este vehículo y otra, que por sus características correspondía al camión (fl. 9), lo cual quedó plenamente comprobado en diligencia realizada días después por el funcionario de instrucción acabado de nombrar (fls. 63 y ss.).

"Por auto del 8 de enero de 1980 el Juzgado de Instrucción ordenó remitir al Instituto de Medicina Legal de Bogotá las muestras tomadas en las diligencias citadas, con el fin de obtener concepto sobre la naturaleza de las sustancias decomisadas (fl. 89). En la misma fecha se atendió esta disposición por oficio número 10 (fl. 90).

"El Instituto de Medicina Legal de Bogotá recibió las 24 bolsas que contenían las muestras remitidas por correo el 23 de enero de 1980, y conceptuó que no se trataba de cocaína, pero consignó esta explicación: 'Las bolsas llegaron mal selladas y se escapa el contenido de algunas de ellas. Llegaron selladas con cinta transparente y ganchos de cosedora. Adjunto fotografías del oficio y muestras recibidas en este laboratorio' (fl. 453).

"Observa la Procuraduría Delegada lo siguiente:

"En realidad, el Oficio número 10 del 8 de enero de 1980 que en fotografía aparece al folio 455 coincide con la copia al carbón que obra al folio 90 del informativo.

"El secretario del Juzgado 13 de Instrucción Criminal ambulante de Pasto estampó en el sobre contentivo del oficio remisorio y de las muestras, la siguiente leyenda:

" 'Señor Director

Instituto de Medicina Legal

Bogotá, D. E.

Contiene:

Veinticuatro (24) muestras de sustancia —cocaína—, y que se envían al Instituto de Medicina Legal para análisis.

Pasto, enero 8 de 1980'.

"Aparece claro entonces que quienes tuvieron en sus manos el sobre se enteraron que contenía 24 muestras de cocaína; y,

"Finalmente, resulta evidente según los folios 14 y 15 que cada una de las 24 muestras contenía 'aproximadamente' 3 gramos, en total: *72 gramos*. Sin embargo, el Instituto de Medicina Legal de Bogotá recibió las 24 bolsas con un peso neto en gramos de: 199,81 + 2,279 = *202,039*. Es decir, que se recibió una cantidad tres veces superior a la que se remitió de Pasto. Es explicable entonces su resultado negativo para cocaína.

"Como se dejó constancia en la diligencia cumplida el 29 de diciembre de 1979 por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Pasto, la Unidad de Policía Judicial Antinarcóticos de la Procuraduría General de la Nación recibió 24 bolsas con tres gramos 'aproximadamente' cada una de la sustancia decomisada y que también tenían como destino al Instituto de Medicina Legal de Bogotá (fls. 14 y 15). El funcionario de esta Unidad, Carlos Ramírez, con cédula de ciudadanía número 11.331.143 de Zipaquirá, entregó al Instituto personalmente el 16 de enero de 1980 las 24 muestras, con estas características:

"Su peso fue el de 64,896 gramos para las bolsas numeradas del 1 al 23 y de 1,573 gramos para la correspondiente a la 'muestra Toyota', para un total de 66,469 gramos.

"El total de *66,469 gramos* de las 24 muestras recibidas por el Instituto de Medicina Legal corresponde 'aproximadamente' en su peso a la cantidad que se entregó por el Juzgado a la Unidad de Policía Judicial (fls. 14 y 15).

"El Jefe de la Unidad de Policía Judicial en Pasto José P. Mera Quintero envió al Instituto de Medicina Legal de Bogotá el oficio que en fotografía aparece al folio 466 con las 24 bolsas en el que se solicita examinar su contenido, que al parecer es cocaína.

"Es sabido que la entidad mencionada determinó que se trataba de cocaína en concentración del 87.0% y agregó: 'Las muestras llegaron con etiqueta tipo Contac de polijudicial firma y sello. Adjunto fotografías del oficio y muestras recibidas en este laboratorio' (fls. 465 y 466).

"Recibidos estos resultados por la Unidad Antinarcóticos de la Policía Judicial de Pasto, se remitieron al Juzgado 18 de Instrucción Criminal el 28 de mayo de 1980 (fls. 467 y vto.).

"El Juzgado Penal del Circuito de Pasto en proveído del 28 de julio de 1980 llamó a responder en juicio por tráfico de estupefacientes a Conrado Guarín Zapata y sobreseyó definitivamente a Angel Gómez Gómez y a Conrado Guarín Obando (fls. 539 y ss.).

"El Tribunal Superior de la citada ciudad en providencia del 28 de octubre de 1980 y con el salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, confirmó el llamamiento a juicio para Guarín Zapata, revocó el sobreseimiento definitivo dictado en favor de los acusados Gómez Gómez y Guarín Obando y en su lugar les dictó auto de proceder como cómplices del delito citado, en los términos del artículo 20 del Código Penal de 1936.

"La audiencia pública en este asunto se celebró el 20 de marzo de 1981 y en fallo del 7 de abril de este año, el juzgado de primera instancia condenó a Conrado Guarín Zapata a 42 meses de prisión y al pago de una multa de $ 10.000.oo en favor del Tesoro Nacional, y absolvió a Angel Gómez y a Conrado Guarín Obando..."

Demanda y respuesta de cargos:

Invocándose la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("cuando la sentencia se haya dictado en juicio viciado de nulidad"), se afirma que "la asunción de la prueba relacionada con la comprobación del *'corpus riminis'* de la infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o el 'hecho punible', se llevó a cabo con clara pretermisión de la ley especial que regula esta materia, por cuanto que, por fuera de lo normado en el artículo 71 del Decreto número 1188 de 1974, ocurrió que tanto el funcionario de policía judicial, como el señor juez de instrucción criminal, resolvieron tomar muestras de la sustancia incautada y cada uno de ellos, por su propia

cuenta, enviar para su examen al Instituto de Medicina Legal de Bogotá, con resultados perniciosos para la investigación, ya que mientras las muestras tomadas por la Policía Judicial, resultaron positivas en cocaína, las enviadas por el Juzgado de Instrucción, fueron negativas, y lo que es peor que el Tribunal sentenciador, no obstante la advertencia de tamaña ilegalidad procedimental sobre la prueba recaudada con respecto a la objetividad del delito, terminó condenando a los acusados..." Y se reitera, después de citarse los artículos 71 y 74 del Decreto 1188 de 1974, que "la policía judicial, pierde la facultad de tomar muestras de la droga o sustancia, para enviar al Instituto de Medicina Legal, en todos los casos en que haya sindicado detenido, y debe respetar esta facultad que en norma especial se halla atribuida únicamente a los jueces de instrucción". Todo lo cual le permite concluir que "la asunción de la prueba pericial en este proceso, se efectuó con clara violación de expresas normas que regulan la materia. Y como la prueba irregularmente recaudada, o sea, la realizada por la policía judicial, con menosprecios de la legalmente aportada, o sea, la del juzgado de instrucción competente fue la tenida en cuenta por los funcionarios de las instancias, primero, como elemento de juicio idóneo para abrir causa criminal en contra de los procesados, y después como premisa fundamental para dictar el fallo condenatorio que se impugna, es natural y lógico concluir que la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que nos ocupa, se dictó con violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Este análisis aparece suficientemente contestado por la Delegada, bastando a este respecto reproducir su sintético y acertado juicio:

"...los vicios en la formación de la prueba no generan nulidad y menos del orden constitucional como lo pretende el demandante..."

De otro lado, esta objeción se incorpora como primer cargo dentro de la causal 1ª, aparte segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, desarrolándole como error esencial de hecho.

El cargo, obviamente, debe desecharse.

Al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan estas tres censuras:

a) El dictamen tenido en cuenta para pronunciar sentencia condenatoria para Gómez Gómez, "no fue legalmente tramitado", lo cual incide en falta de valor probatorio por inexistencia del acto procesal (art. 214 del C. de P. P.).

Esta prueba, y no otra, según el memorialista, "fue la tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, como prueba plena o completa sobre la objetividad del delito". De ahí que se haya incurrido en grave error de hecho o sea lo que suele conocerse como "falso juicio de la legalidad de la prueba", que consiste "en la apreciación falsa de pruebas que jurídicamente no tienen eficacia porque se han violado sus condiciones de validez o existencia" (arts. 71 y 74 del Decreto 1188 de 1974 y 214 y 215 del C. de P. P.). Sobre el particular recuerda tanto el concepto del Ministerio Público del Tribunal como el salvamento de voto del Magistrado Plinio Calvachi Velasco;

b) Se dejó de estimar, por "el solo hecho de haber resultado" negativa "para la comprobación del cuerpo del delito", la pericia rendida por el Instituto de Medicina Legal, "única prueba idónea", a este respecto. De nuevo se citan los artículos 70 y *71 del Decreto 1188 de 1974*, y el salvamento de voto del Magistrado Calvachi Velasco. Para el memorialista, se incurrió en "un yerro de hecho por 'preterición' y este error es evidente"; y,

c) Se dejaron de apreciar los testimonios de Enrique Pinto Alfonso y María Teresa Rojas, los cuales expresan que la cocaína hallada en el vehículo conducido por Gómez Gómez, fue colocada allí por el Jefe de la Unidad Antinarcóticos de la Policía Judicial, señor José Procopio Mora Quintero, error que conforma una violación indirecta de la ley penal sustancial, por aplicación indebida del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, "a lo que se llegó luego de haber faltado a lo dispuesto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal sobre el valor del testimonio, y artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en lo referente a la prueba plena sobre la responsabilidad penal del acusado".

Los pedimentos, consecuencia de estos planteamientos, se determinan del modo siguiente:

"*Primero.* Que en el evento de prosperar el cargo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, mediante aplicación del ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal case la sentencia recurrida de fecha 1º de abril de 1982, dictada por el Tribunal Superior de Pasto, y anule el proceso, a partir de la diligencia mediante la cual se incautó la droga y se ordenó la práctica de la prueba pericial nula.

"*Segundo.* Que en el evento de prosperar alguno de los cargos especificados a través del Capítulo Tercero de esta demanda, mediante aplicación del ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, case el fallo acusado, y en su lugar dicte la sentencia que deba reemplazarlo, la cual debe ser absolutoria, por no obrar en el proceso la prueba plena o completa sobre la infracción por la cual se llamó a juicio al acusado Angel Gómez Gómez, y como consecuencia de ello, se ordene en favor de mi mandante la entrega del automotor decomisado, jeep Toyota de placas NV 5812".

Respuesta al cargo del aparte letra a):

Para el memorialista, por razón de haberse violado el artículo 71 del Decreto 1188 de 1974, el cual preceptúa que sólo el juez de instrucción, y no la policía judicial, puede disponer la intervención del Instituto de Medicina Legal para el dictamen pericial de la droga decomisada, la prueba así obtenida inexiste y de ahí el error esencial de hecho.

Este planteamiento adolece de dos mayúsculos desaciertos:

1. *Cuando la doctrina permite alegar la violación indirecta de la ley sustancial, por manifiesto error de hecho, sobre la base de una prueba inexistente, considerada en el fallo, no correlaciona esta inexis-*

tencia con la sanción que provoca su producción y aporte a los autos contradiciendo las formalidades que rigen su asunción, sino a que físicamente no se encuentre en el proceso. No se trata de un juicio de valor, un concepto jurídico (legalidad de la prueba), sino de una visualización material. La comprobación del primero exige un razonamiento, una abstracción; la demostración del segundo resulta un cometido más simple y fácil: El elemento de convicción no figura en el expediente. En aquél se tiene por válido lo que, existiendo corporalmente, no merece ser considerado como tal; en éste se imagina, se supone, se finge una realidad.

Bien distinta es la sanción jurídica de inexistencia de un acto, así forme parte del proceso, por omisión o desconocimiento de las reglas que rigen su producción e incorporación procesales, de la inexistencia que resulta de advertir que determinado medio probatorio, citado en la sentencia, no aparece por parte alguna en el expediente sin que importe para nada la apreciación que se tenga sobre la observancia o inobservancia de la pertinente legalidad. A esta última se vincula el error esencial de hecho que pretende descartar una prueba que no aparece en el expediente y que el fallador da por cierta y real y en ella apoya, eficientemente, la absolución o la condenación impartidas. El otro aspecto de la cuestión corresponde al llamado error esencial de derecho, que en una de sus variantes se refiere, precisamente, a la prueba aducida en contra de la ley; y,

2. *Si se leen con atención los artículos 70, 71 y 73 del Decreto 1188 de 1974, se advertirá que éste ha querido evitar que el Instituto de Medicina Legal sea llamado a prácticas periciales por cualquier funcionario a quien se le ocurra requerir esta intervención. La ley pretende fijar una ordenación a este respecto y de ahí que en el artículo 71 señala al juez de instrucción como el organismo judicial que debe realizar este contacto, con el obvio motivo de procurar un diligenciamiento seguro y preciso. Pero, la legislación especial que se comenta no erige en causal de nulidad y menos de inexistencia jurídica del acto, la omisión de esta conveniente regulación. En los casos en que una autoridad, distinta al juez de instrucción, interviniente en esta clase de procedimiento, resuelva solicitar la colaboración del Instituto de Medicina Legal, salvo que se carezca de medios de inicial análisis, este puede negarla, pero si la presta y rinde dictamen, no es dable invalidar la pericia por este único motivo. Podrá desecharse por otros motivos, mas no en razón de este origen. Además, cabe observar que la limitación comentada se refiere a las unidades del DAS, Policía Nacional o Dirección de Aduanas (art. 73), pero no a la Policía Judicial (art. 70), organismo actuante en el caso examinado, el mismo que recogió las muestras de droga con la participación y anuencia del juez de instrucción, en la diligencia de reconocimiento y pesaje de la droga.*

Causa extrañeza que el casacionista critique tan acerbamente la actividad de la Policía Judicial, en este comentado sentido, pues se le hace intolerable que el expediente cuente con tres pericias: 1. La que se produjo en la "diligencia de identificación inspección judicial, reconocimiento y pesaje y destrucción de una sustancia" (fl. 15), con asistencia del juez de instrucción y 10 funcionarios más, fuera de los tres sindicados y un apoderado; 2. Lo que se produjo, con resultado

igualmente positivo y coincidente, sobre las muestras recogidas en tal diligencia y enviadas por la Policía Judicial (fl. 465); y, 3. La que se obtuvo, con resultado negativo, sobre las muestras recogidas en tal diligencia y enviadas por el juzgado de instrucción (fl. 453).

La abundancia de pruebas técnicas, así versen sobre el mismo punto, lejos de ser motivo de repudio debiera serlo de satisfacción, porque las mismas permiten al juez y a las partes, lograr un conocimiento verdadero.

El memorialista escogió una vía totalmente equivocada. Lo más indicado había sido tratar de descartar las pericias de folios 15 y 465, para respaldar e invocar la de folio 453. Pero las circunstancias probatorias le impusieron este sacrificio. En efecto, no pudo escoger esta segunda alternativa, en forma frontal sino velada e insinuante porque la empresa le resultaba un verdadero imposible, ya que según lo ha comentado el Ministerio Público, es evidente que las muestras enviadas por el Juzgado de Instrucción (fls. 89, 90, 455 y 456) fueron manipuladas por terceros al punto que los empaques que contenían las muestras llegaron deteriorados y con sobrepeso, puesto que el Juzgado de Instrucción envió una cantidad de 72 gramos, pero el Instituto de Medicina recibió 202,089 gramos.

Respuesta al cargo del aparte letra b):

El censor no sólo equivoca la técnica del recurso sino que se olvida de las evidencias procesales. Esto último tiene que decirse porque en los folios 906 y 907, el Tribunal analiza en secciones que van de la f a la k los motivos que le llevaron a aceptar esos dos dictámenes positivos, y a desechar el negativo, este último proveniente de unas muestras que se recibieron en el Instituto de Medicina Legal, "mal selladas". También se comenta la validez de la primera pericia y la atribución (art. 289 del C. de P. P.) que tenía la Policía Judicial para requerir por aparte, con gran sentido de previsión, un dictamen del mencionado Instituto. Y no dejan de referenciarse los testimonios del grupo antinarcótico que intervino en esta operación investigativa, la prueba indiciaria que tiene visos de plural, grave, concordante en contra de los implicados, fuera de que se indica, en otro segmento de la providencia, el informe confidencial recibido sobre el transporte de la droga, el medio empleado, la hora y los sujetos comprometidos en esta empresa delictuosa, datos plenamente confirmados con la captura de estos, y el decomiso de gran cantidad de aquella.

Respuesta al cargo del aparte letra c):

Como bien lo comenta la Delegada, la circunstancia de encontrarse dos papeletas de cocaína en el jeep de Angel Gómez Gómez, dizque puestas allí por el Jefe de la Unidad de Policía Judicial, no es lo que establece la responsabilidad de éste como cómplice no necesario (calificación benignísima de su conducta, como benévola fue su libertad en razón de tiempo de trabajo y juicio favorabilísimo sobre su real personalidad y gravedad del hecho), sino otra serie de elementos probatorios, indicados en detalle en la sentencia, tal como se dejó expresado en el acápite anterior.

De otro lado, los testimonios a que alude el recurrente, para tratar de descartar una circunstancia incriminadora, no la única, tiene la siguiente interpretación en el concepto fiscal, la misma que la Sala reproduce y acoge:

"...En cuanto a la manifestación de Luis Enrique Pinto y que se transcribe en la demanda de casación, es cierto que dicho testigo se pronunció en ese sentido a una pregunta que le formuló el apoderado del acusado Angel Gómez en diligencia de careo con Luis Antonio Timarán (fl. 374 vto.). Sin embargo, sorprende a la Procuraduría Delegada que el testigo Pinto no se hubiera referido a la colocación de las papeletas en el jeep por parte del Jefe de la Unidad de Policía Judicial de Pasto en anteriores declaraciones, según puede verificarse a folios 28, 329, 331 y 335.

"La agente María Teresa Rojas dijo haber encontrado las dos papeletas debajo de los asientos delanteros y agregó que días después comentó al agente Pinto de la Policía Judicial de Pasto, que le había parecido extraño el hallazgo pues ya se había revisado el vehículo sin encontrar nada comprometedor (fl. 388).

"Es cierto que con apoyo en estos dos testimonios el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pasto revocó el auto de detención que se había dictado contra Angel Gómez y ordenó investigar la conducta de José Procopio Mera, Jefe de la Unidad de Policía Judicial de esta ciudad. Como ya se anotó, en manera alguna las dos declaraciones a que se ha hecho mención desvirtúan las demás pruebas que se allegaron a este proceso y que demuestran la participación del recurrente en casación Angel Gómez en el transporte de la cocaína entre Ipiales y Pasto..."

En conclusión, la versión de Pinto, especialmente, aparece mondaz y acomodaticia.

De ahí que la Sala ordenará, remediando la omisión de los funcionarios que han conocido de este proceso, expedir copias para investigar su comportamiento.

Las tres censuras resultan improcedentes.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *falla:*

1. *No se casa la sentencia recurrida*, ya indicada en su fecha, origen y naturaleza; y,

2. Expídase copia de lo necesario para que el funcionario competente determine si debe abrirse sumario en contra de Luis Enrique Pinto, por el delito de *"falso testimonio"*.

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

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

DETERMINADOR (artículo 23 del Código Penal)

Es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 101.

Vistos:

Mediante providencia del 31 de mayo del presente año, el Tribunal Superior de Cali sobreseyó temporalmente al doctor *Fernando Cuéllar Rodríguez* Exjuez 9º Penal Municipal de Cali; de tal decisión apeló el fiscal sexto de aquella Corporación.

Hechos:

De acuerdo con la versión que de ellos dá Germán Murillo Torres —uno de sus protagonistas— y empleado del Juzgado Doce Penal Municipal de Cali, pueden sintetizarse así: El 17 de junio de 1983 el doctor Fernando Cuéllar Rodríguez, a la sazón titular del Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali lo llamó a su despacho para proponerle que hiciera un allanamiento a cierto inmueble de la ciudad donde probablemente había estupefacientes y del que derivaría buenas ventajas económicas porque el asunto ya estaba arreglado con miembros de la policía que lo acompañarían, dándole a entender que no se trataba de decomisar nada sino de obtener dinero de los ocupantes del inmueble. Habiéndolo convencido del éxito económico de la operación y de su poco riesgo, le suministró un papel que contenía la supuesta orden de allanamiento y le advirtió que si era el caso lo leyera y se identificara como funcionario comisionado para practicar la diligencia. Así se hizo, en efecto; Murillo y los agentes de la policía penetraron al inmueble, descubrieron abundante cantidad de pesos colombianos y dólares y al parecer cocaína; obtuvieron de los ocupantes apreciable aunque no determinada suma de dinero, abandonaron la casa con el numerario recibido y lo repartieron entre los policías, y el juez Cuéllar, quien a su vez entregó a Murillo alrededor de setenta y cinco mil pesos.

Resultandos:

1. Esta versión notablemente ampliada y circunstanciada ha sido expuesta por Murillo ante la juez que adelantó las primeras diligencias y ante el magistrado sustanciador del Tribunal; su padre la relató también, tal como según él se la contó aquél. Conviene precisar que tanto el Juez Doce Penal Municipal de Cali —jefe de Murillo y a quien presentó renuncia intempestiva a raíz de estos hechos— como algunos de sus compañeros de oficina, corroboran detalles de aquella versión, entre ellos el encuentro el 17 de junio entre el exjuez Cuéllar y Murillo y llamadas telefónicas de éste a aquél en los días posteriores.

2. El doctor Cuéllar —quien fue la persona que puso oficialmente en conocimiento ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali los rumores que lo ligaban a este hecho— afirma en su indagatoria que todo es una trama levantada contra él y que el 17 de junio estuvo durante toda la tarde fuera de su despacho.

3. Al emitir concepto para calificar el mérito del sumario, el Fiscal Sexto del Tribunal solicita sobreseer temporalmente al procesado Cuéllar Rodríguez en razón de que la investigación presenta numerosos vacíos, entre ellos la ausencia del cuerpo del delito; pero indica que el hecho imputado al doctor configura extorsión y que como existe mérito para emitir en su contra auto de detención, se profiera aunque se le otorgue libertad provisional.

5. El Tribunal coincide con su colaborador fiscal respecto de la necesidad de proferir sobreseimiento temporal, pero disiente en cuanto a la calificación de los hechos, pues considera que se daría más bien delito de concusión; tampoco acepta que haya mérito para dictar auto de detención.

6. Está demostrado que Cuéllar Rodríguez ejercía por entonces el cargo de Juez Noveno Penal Municipal de Cali.

Considerandos:

1. Determinador —institución jurídica consagrada en el art. 23 del Código Penal— es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal. Su responsabilidad respecto del hecho punible que ha determinado depende de que el ejecutor —verdadero autor— al menos haya dado comienzo a su ejecución, es decir, que le sea imputable siquiera a título de tentativa; si pese a los mecanismos utilizados (incluso la coacción) no logra inclinar la voluntad del determinado para que inicie el proceso ejecutivo de la conducta delictiva o contravencional y eventualmente la consume, entonces la responsabilidad penal del determinador dependerá de que la propia actividad desplegada sobre el potencial determinado, constituya por sí misma hecho punible de instigación, de concierto o de constreñimiento para delinquir; (arts. 188, 186 y 276 del C. P., respectivamente); pero si obtiene que el determinado realice integral-

mente el hecho punible, o al menos inicie su ejecución, entonces responderá de él y en su oportunidad se le impondrá pena igual a la prevista para el autor, tal como lo señala el ya citado artículo 23.

2. La concusión descrita en el artículo 140 del Código Penal es comportamiento de acción que ha de realizar persona investida de la calidad jurídica de funcionario con abuso de su cargo o de las funciones que legalmente ha de cumplir; consiste en ejercer violencia física o síquica sobre alguien o en inducirlo a dar o prometer al mismo actor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o en solicitárselos.

Es determinador de este delito quien logre por cualquier vía idónea (instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden convenio, etc.) que otra persona actúe violentamente sobre un tercero o lo induzca, a entregarle o a prometerle para sí mismo o para otro, dinero o utilidad indebidos, o se los solicite, como resultado de aquella determinación.

3. La única fuente procesal sobre la naturaleza y características de los hechos que se investigan proviene de Germán Murillo; a juicio de la Sala su testimonio presenta contenidos de logicidad, coherencia y verosimilitud que lo hacen creíble; nada de lo que ha expresado en sus dos declaraciones ha sido desvirtuado; al contrario, algunos aspectos de su versión (conversación con el procesado Cuéllar Rodríguez el día en que ocurrieron los hechos, permiso a su jefe para ausentarse esa tarde del juzgado, nuevo contacto personal con el exjuez a su regreso, llamadas telefónicas al mismo doctor Cuéllar durante el día siguiente y renuncia intempestiva de supuesto porque tenía un grave problema) están corroborados por el Juez Doce Penal Municipal —su inmediato superior y por sus compañeros de oficina, como se desprende de los testimonios de tales personas—; su propio padre hace recuento sustancialmente idéntico, tal como el hijo angustiosamente se le expuso; y, además, su relato es manifiesta confesión hasta ahora no desvirtuada, en la participación de un hecho delictivo.

Y tal como se desprende de esta prueba, ha de concluirse que Murillo Torres fue coautor material (con los reales o supuestos miembros de la Policía Nacional que lo acompañaron) de un delito de concusión pues en su condición de escribiente del Juzgado Doce Penal Municipal de Cali y, por lo mismo, de empleado oficial constriñó con abuso evidente de sus funciones, a los ocupantes del inmueble arbitrariamente allanado para que les diese dinero que no debía legalmente recibir, como en efecto ocurrió; y el procesado Cuéllar Rodríguez fue indudable determinador de tal hecho en cuanto indujo con halagos de enriquecimiento a Murillo Torres para que tomase parte en la realización de aquel delito.

4. Dice el Tribunal que no está comprobado el cuerpo del delito en este caso y que por eso no es posible llamamiento a juicio; no lo cree así la Sala. En efecto, señala el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal que "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal constituyen el cuerpo del

delito"; pues bien, tales aspectos son en la concusión los que se refieren a la parte sensorialmente perceptible del hecho típico, vale decir, a su objeto material —dinero o cualquiera otra utilidad— y a los mecanismos utilizados por el actor para constreñir inducir o solicitar la entrega o promesa de entrega de aquellos bienes. Pues bien, está claro que los copartícipes del allanamiento amenazaron a los ocupantes del inmueble con llevar adelante la diligencia comenzada y poner los dólares, pesos y supuestas cocaína halladas, a disposición de los jueces si no se les daba contraprestación económica, y está igualmente demostrado que como resultado de dicha coacción recibieron considerable cantidad de dinero que se repartieron entre ellos y el exjuez Cuéllar Rodríguez. Que no se haya sabido aún y quizás no llegue a saberse nunca el monto exacto del numerario recibido, es cuestión incidental que no modifica en absoluto el hecho de que coaccionaron y obtuvieron por ese medio ilícito dineros indebidos para ellos mismos y para el procesado Cuéllar Rodríguez; resulta, así, plenamente demostrado el cuerpo del delito, que no consiste desde luego, en saber cuánto dinero recibieron los concusionarios, sino en comprobar que obtuvieron numerario u otra utilidad indebidos como resultado de constreñimiento, inducción o solicitud ilícitos.

5. Considera, pues, la Sala que se dan en el presente caso los requisitos señalados por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder contra el sindicado, como determinador del delito de concusión a que se ha hecho referencia en los acápites precedentes. Esta decisión lleva consigo la de emitir en su respecto auto de detención, que se hará efectivo con el auxilio de las autoridades de policía, pues considera esta Corporación que el procesado no debe beneficiarse del mecanismo excarcelatorio, dadas la investidura judicial que ejercía al delinquir, la gravedad del ilícito y sus modalidades particularmente reprochables.

6. La Sala es conciente de la necesidad de practicar no pocas diligencias (careo entre Cuéllar y Murillo, identificación de los supuestos o reales miembros de la policía que participaron en los hechos y de la persona o personas que entregaron el dinero a los concusionarios, para que declaren sobre lo ocurrido, testimonio del abogado Darío León López Pérez, contenido del documento entregado por Cuéllar Rodríguez a Murillo y en el que se le comisionaba para la práctica del allanamiento); pero lo es igualmente, de que ellas bien pueden ser recogidas durante la etapa del juicio, la que debe desarrollarse con toda dedicación y empeño.

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

Resuelve:

1. *Revocar* el auto apelado, y en su lugar, llamar a responder en juicio sin intervención de jurado a Fernando Cuéllar Rodríguez de las condiciones civiles precisadas en su declaración de indagatoria, como determinador del delito de concusión descrito en el capítulo segundo del Título III, Libro Segundo del Código Penal.

2. Disponer su detención preventiva, para cuya efectividad se librará la respectiva orden de captura a las autoridades de policía y al Departamento Administrativo de Seguridad.

3. Notifíquesele personalmente esta providencia por intermedio de la Secretaría del Tribunal de Cali y hágasele saber del derecho que le asiste de nombrar defensor.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECURSO DE REVISION

HECHO NUEVO. PRUEBA NUEVA

El hecho nuevo previsto como causal de revisión en el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido

Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex-novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 101.

Vistos:

Rafael Madiedo Baquero solicita por medio de abogado la revisión del proceso penal que culminó con sentencia condenatoria proferida en su contra por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá el 2 de julio de 1981 en cuanto es responsable de delito de perturbación de la posesión sobre bienes inmuebles.

Hechos:

En el mes de agosto de 1976 Rafael Madiedo Baquero ocupó de hecho un inmueble que venía poseyendo Abigail Barrera López en la carrera 31 número 67-22 de la ciudad de Bogotá y cuyo lote había adquirido por escritura pública número 327 del 2 de febrero de 1953.

Actuación procesal:

El proceso se inició por denuncia presentada el 8 de agosto de 1976 por el señor Abigail Barrera López; cerrada la investigación, el

Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá dictó auto de proceder contra el sindicado Madiedo Baquero por delito descrito en el Capítulo V del Título VXI del Código Penal de 1936 bajo el nombre de "abuso de confianza y otras defraudaciones", y culminada la etapa del juicio emitió sentencia de condena con aplicación de la pena prevista en el artículo 368 del nuevo Código Penal por razones de favorabilidad. Contra dicha sentencia no se interpuso recurso alguno y quedó ejecutoriada el 18 de julio de 1981.

La demanda de revisión:

Invoca el libelista como causales de revisión las indicadas en los numerales 4º y 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, así: a) Se dictó sentencia condenatoria con fundamento en prueba secreta, y b) Existen hechos nuevos que demuestran la inocencia del condenado.

En cuanto a la primera causal de revisión dice el actor en esencia que la sentencia declaró probada la posesión del inmueble por parte del señor Barrera López "sin establecer por algún medio de prueba conocido o conocible la existencia del inmueble, su identificación y su posible o presunta identificación con el inmueble sobre el cual presuntamente se desarrollaron los hechos... limitándose el juzgado de conocimiento sobre prueba secreta a sostener que el inmueble sobre el cual recayó la presunta acción ilícita era el mismo sobre el cual el señor Barrera tenía la propiedad y la posesión" (fl. 37).

Respecto de la segunda causal, nada concreta en su demanda de revisión, aunque solicitó allí mismo la práctica de algunas pruebas (inspección judicial sobre el inmueble cuestionado, planos de la manzana donde presuntamente está ubicado el inmueble) a que hace referencia en su alegato de conclusión para destacar que ellas muestran "aspectos o hechos que por ser ignorados o desconocidos abiertamente por el juzgador, surgen como hechos nuevos que demuestran un fatal error de conocimiento del fallador (inmueble al cual se refiere el denunciante no es igual, siendo totalmente distinto al que describía o se refería el sindicado) configurándose así los supuestos de hecho requeridos para dar por sentadas las causales 4ª y 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal sobre revisión" (fl. 96). Más adelante advierte que la falta de identificación del inmueble llevó al juzgador a condenar sin que estuviese demostrado el cuerpo del delito, con lo que se incurrió en error de hecho "por existir una manifiesta disparidad entre la verdad histórica o real y la verdad procesal" (fl. 98). Señala también como otro hecho nuevo la aplicación del artículo 368 del Código Penal de 1980 que en su concepto es distinto del delito que incriminaba al artículo 425 del anterior —vigente cuando el hecho ocurrió— no sólo en sus elementos integradores sino en cuanto a que la actual codificación exige querella de parte para esta clase de delitos.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita no disponer la revisión del proceso porque el demandante no ha señalado cuál fue la prueba secreta en que se fundó el juzgador para emitir la sentencia de condena y porque no aparece ningún hecho nuevo

que permita fundadamente suponer que se emitió fallo condenatorio contra persona inocente; examina al efecto la prueba documental aportada (planos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y del archivo nacional y certificados de libertad del inmueble) para señalar que fue oportunamente conocida por el fallador y que, por tanto, no tiene categoría de nueva.

Considerandos:

1. *La prueba secreta a que se refiere el numeral 4º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal como causal de revisión es aquella que motivó la sentencia condenatoria sin que realmente existiese en el proceso al proferirse el fallo, ya sea porque se incorporó físicamente al expediente en el momento de emitirse la providencia o porque se introdujo después de acaecido tal evento, siempre que, reiterase, el fallo de condena se haya cimentado en ella, de tal manera que sin esa prueba la determinación del juzgador habría sido absolutoria. No cabe, pues, dentro de esta causal de revisión la hipótesis en que habiéndose incorporado el proceso una prueba sin el cumplimiento de los requisitos legales, haya servido al fallador para sustentar la condena del procesado, o cuando el juzgador funda la sentencia condenatoria en una prueba en verdad inexistente, pues en tales casos se habría incurrido en causal de casación por violación indirecta de la ley sustancial en razón de errores de derecho o de hecho, alegables por esa otra vía extraordinaria. Necesario es, igualmente, cuando se alega esta causal de revisión que el actor señale cuál fue la prueba secreta que el sentenciador tuvo en cuenta para condenar, y su valor probatorio respecto de dicha condena, pues si no la identifica como tal, ni señala su correlación fundamental con el fallo, resulte para la Corte imposible dar por demostrada su existencia, valorar su influencia en la decisión del fallador, y consecuencialmente pronunciarse sobre la necesidad de autorizar la revisión del proceso.*

2. *Como quiera que el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal señala entre las causales de revisión la de que después de la sentencia condenatoria "aparezcan hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates...", con lo que se distinguen como situaciones diversas el hecho nuevo y la prueba nueva, necesario es dilucidar el alcance y contenido de unos y otros, pese a su estrecho ligamen.*

El hecho nuevo previsto como causal de revisión en el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

Prueba nueva *es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte* ex novo *tiene tal valor que podría modificar sustancialmnete el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba* ex novo *demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado.*

No se dará, desde luego, esta causal de revisión, cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas ya aportadas y examinadas en su oportunidad por el juzgador, pues en tales casos lo nuevo no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio con que ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a la categoría excepcional del causal de revisión.

3. En el presente caso, el actor hace girar todo su alegato sobre la tesis de que el inmueble arbitrariamente ocupado por el condenado Madiedo Baquero no es el mismo que indicara Barrera López en su denuncia y que, por lo mismo, se le condenó sin plena prueba sobre el objeto material del delito. Y de tal presupuesto hace derivar simultáneamente las dos causales de revisión invocada, la prueba secreta y el hecho nuevo; pero no señala cuál fue aquella ni en qué consiste en verdad este. Los documentos aportados a su demanda y los que se pidieron durante la etapa probatoria de este recurso (planos de la manzana donde se halla el inmueble y certificado de libertad) no demuestran en absoluto lo que el actor pretende en su demanda, pues no hacen ninguna precisión sobre los específicos linderos del lote que venía pacíficamente ocupando el denunciante y la parte del mismo que fue perturbada por el condenado. Prueba mucho más pertinente fue la que dispuso y tuvo en cuenta el fallador, vale decir, la de inspección judicial en el lugar de los hechos, cuya evaluación, unida a la propia confesión del procesado (fl. 9 cuaderno original) tuvieron peso notable en la sentencia de condena.

4. La referencia que hace el actor como "hecho nuevo" a la aplicación que por razones de favorabilidad punitiva hizo el juzgador del artículo 368 del Código Penal de 1980 en vez del artículo 425 del estatuto penal anterior, es ostensiblemente desacertada pues no es tal fenómeno —sucesión de leyes en el tiempo— el hecho nuevo mencionado en el numeral 5 del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal como causal de revisión, pues no se trata de un acontecimiento natural, sino de una situación jurídica posterior para la cual se prevén soluciones bien diversas (art. 7º del C. de P. P.). Por lo demás, la aplicación para este caso de la sanción prevista en la última de aquellas disposiciones fue correcta determinación del juzgador en beneficio del condenado, que obtuvo gracias a dicha decisión pena cuantitativamente menor de la que hubiera recibido de habérsele aplicado la norma punitiva del código anterior.

5. En tales condiciones no es posible acceder a las pretensiones del actor pues no ha logrado demostrar la existencia de las causales de revisión invocadas en su demanda.

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

Negar la revisión de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

RECUSACION

El Código de Procedimiento Penal, no ha erigido como causal de recusación el hecho de haber existido enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado, sino el hecho actual, presente, de darse tales grados de amistad o enemistad para el momento en que el juez o magistrado debe conocer del proceso

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dante L. Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 102.

Vistos:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Pasto recusó a la Magistrada de la Sala Penal de Decisión de esa Corporación, doctora *Edilia Ortega de Suárez,* a causa de no haber reiterado en este proceso, seguido contra Jorge Enrique Gómez Sánchez, Libardo Coral Alomía, Gloria Narváez de Coral, Alvaro Coral y otros, por tráfico de estupefacientes, el impedimento que había expuesto y le había sido aceptado cuando el Tribunal conoció del sumario adelantado contra Jaime Germán Puentes Paredes, Rosa Aura Coral Alomía y otros, por homicidio, en el que la Magistrada había manifestado que le unía con aquella parentesco de consanguinidad e íntima amistad con su familia en general.

Para apoyar la recusación dice el señor Fiscal Primero del Tribunal:

"...La ilustre Magistrada fiel con el cumplimiento de su deber, en el sumario que por un delito de homicidio se seguía en contra de Jaime Germán Puentes Paredes, Rosa Aura Coral Alomía y otros, se declaró impedida para actuar en dicho proceso y adjuntó inclusive una carta particular para demostrar que con Rosa Aura Coral Alomía la unía un parentesco de consanguinidad y agregaba en su escrito a la Sala en el cual expresó que había 'íntima amistad entre ella y su *familia en general*' (hacía referencia a la familia Coral Alomía lógicamente), escrito de diciembre 3 de 1977 visible a folios 312 del proceso 2828 que reposa en el archivo del Juzgado 1º Superior de esta ciudad. Con base a lo manifestado por la señora Magistrada, se aceptó el impedimento..."

"...En el presente negocio aparecen como sindicados miembros de la familia Coral Alomía, de la familia con la que la honorable Magistrada está unida por lazos de parentesco y con la que existe *'íntima amistad'* y por parte alguna encontramos que se hubiera declarado impedida. Este hecho lo descubrimos cuando el sumario no estaba en nuestro poder y ahora si lo está, y lo ponemos de presente a la señora Magistrada, obviamente, solicitándole que acepte nuestra recusación y se declare impedida, porque en este negocio hace parte de la Sala de Decisión que está conociendo de él. Tal vez le falló la memoria a la señora Magistrada y no recordó el anterior impedimento, como no recordó al naturalista Buffon en cuanto a la autoría de la célebre frase que para honra nuestra nos aplica *'Le style c'est l'homme'*. No estamos faltando a la verdad y citamos los folios del negocio en el cual se encuentra el impedimento y nuestra forma de expresión se ajusta a la más correcta urbanidad que se ha de tener con los compañeros en la administración de justicia, y no nos trepida la mano cuando hay que poner el dedo en la llaga, la sociedad se merece respeto, la justicia se debe aplicar sin contemplaciones y para vigilar esta rectitud se han establecido las Fiscalías..."

"...Para que la justicia se imparta sin el menor temor de dudas o apegos, *recusamos* a la doctora Edilia Ortega de Suárez por los motivos ya dichos..."

La doctora Ortega de Suárez, a su turno, rechazó la recusación propuesta por el Fiscal de la Corporación, a causa de que la señora Coral Alomía, de una parte, no figuraba como sindicada en este proceso ni, tampoco, en ningún otro en el cual la Magistrada tuviese que intervenir y, de otra, porque el hecho que la ley señala como causal de recusación es el de la amistad íntima entre algunas de las partes o sus apoderados y el juez o magistrado y no, como ocurre en este proceso, el de la de uno de estos con familiares de aquellos.

Para rechazar la recusación formulada en su contra, dice la Magistrada Ortega de Suárez:

"...me declaré impedida para juzgar a la doctora Coral en la prenotada ocasión (porque) a pesar del tangencial trato que con ella sostuve, le tomé una profunda estimación. De otra parte, en época concomitante con la intervención que como Magistrada me correspondía en ese caso, recibí una carta de su hermano, el doctor Leonel Marino, la cual agregué al respectivo expediente, donde se resaltaba su inocencia, y ésta, en mi sentir, podía virtualmente inclinar mi ánimo en su favor. Tal vez fue un exceso de celo en la justicia que debía impartir. Pero estimo correcta mi actuación. Esa ha sido mi norma de conducta durante los veinte y más años que he dedicado a su administración, pues nunca he esperado a que la iniciativa de terceros me señala donde puedo o no intervenir..."

"...Ahora, que en la aludida declaración de impedimento hice extensivos mis sentimientos de amistad a la 'familia en general' de la doctora Coral? Dados los antecedentes que en detalle acabo de consignar, a no dudarlo que esa frase simplemente obedeció a una descuidada 'manera de hablar', cuya torpeza admito, seguramente tratando de incluir en esos términos al doctor Leonel Marino, único miembro

que de esa familia realmente conocía. Fueron palabras lanzadas al desgaire, si se quiere, sin pensar que de ellas podía partirse en el futuro para, con suspicacia, extenderlas a personas que nada tienen que ver con mis afectos..."

"...Mi serenidad, por tanto, no está perturbada para juzgar a don Libardo Raúl, a la señora Gloria Narváez de Coral, a don Alvaro Coral, ni a ninguna otra persona vinculada a este proceso, así alguna de ellas pueda ser pariente próxima o lejana de la doctora Rosaura Coral, a quien tanto aprecio. Mi estimación no la prodigo con el carácter de comunicativa, sino en consideración a los valores que individualmente encuentro en cada quien, y para esto al menos necesito *conocer* al o a los destinatarios de ese sentimiento, hecho que, insisto, no ocurre con ninguno de los aquí sindicados. Por lo demás, la ley señala como causal de recusación, para el caso, la 'amistad íntima entre alguna de las partes...y el juez o Magistrado' y no la que éste sostenga con familiares de esas partes (art. 78, numeral 5º, código citado)..."

De este modo rechazada la acusación, pasa la Sala a resolver:

Considerando:

Nada hay tan cambiante como los sentimientos humanos, de modo que la amistad y el amor que un día se experimentaron son tan susceptibles de intensificar y de debilitarse, como de trocarse en contrarias emociones, como la enemistad o el odio, lo que ocurre así no sólo porque la propia naturaleza humana es voluble e inestable, sino porque, también, los sentimientos suelen ser afectados por el comportamiento de los demás y por las diversas circunstancias cotidianas que en una u otra forma afectan las relaciones entre las personas.

Pretender la recusación de un juez o magistrado porque seis (6) años atrás manifestó que, para entonces, mantenía íntima amistad contra una sindicada y la familia de ésta, como lo pretende el señor Fiscal 1º del Tribunal de Pasto, resulta fundamento aventurado para lograr su separación de un proceso en el que actualmente le corresponde intervenir, como si quienes una vez fueron amigos, o novios o amantes tuvieran que serlo, por ello, toda la vida, apreciación, por supuesto, equivocada, que no corresponde, en manera alguna, a lo que comúnmente sucede en nuestra sociedad y en las de otras latitudes.

El Código de Procedimiento Penal, por ello, no ha erigido como causal de recusación el hecho de haber existido *enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado, sino, el hecho actual, presente, de darse tales grados de amistad o de enemistad* para el momento en que el juez o magistrado debe conocer del proceso.

Esta circunstancia, sumada a la de no figurar la señora Rosa Aura Coral Alomía como sindicada dentro de esta investigación, hacen que resulte totalmente infundada la recusación que, por este aspecto, ha propuesto el señor Fiscal del Tribunal contra la Magistrada Ortega de Suárez.

Y, por supuesto, también absolutamente infundada la que se apoya en la consideración de la amistad íntima de la Magistrada con

familiares o parientes de la señora Coral Alomía pues, como acertadamente lo advierte la funcionaria recusada, la amistad íntima del juez o magistrado con familiares de las partes no está erigida en causal de recusación en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, que sólo incluye a tales parientes, en las causales de los numerales 1, 3, 7, 8, 9 y 11 del citado artículo 78.

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declare infundada* la recusación propuesta por el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Pasto contra la Magistrada Edilia Ortega de Suárez, de la Sala Penal de esa Corporación.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

PRESCRIPCION

Es el correr del tiempo lo que el legislador ha tenido en cuenta para la consagración de tal institución

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D .E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 103.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior Militar su providencia del 23 de septiembre pasado en virtud de la cual ordenó cesar todo procedimiento por los hechos investigados, en razón de haberse operado el fenómeno de la prescripción.

Hechos:

Se le atribuyen a Guillermo Meléndez Martínez en su condición de Auditor Principal de Guerra en la Sexta Brigada diversos hechos que constituirían delitos de abandono del servicio, abuso de autoridad, detención arbitraria, falsedad documental, falso testimonio, prevaricato y peculado.

Resultandos y considerandos:

1. El Tribunal examina cada uno de estos hechos (desaparición de folios de un expediente, constancia de una sentencia que no se dictó anotaciones falsas en el libro radicador, desaparición de otro expediente, apropiación de $ 13.10 pertenecientes a una investigación, libertad a un sindicado sin el lleno de los requisitos legales, abandono del cargo) para concluir que de acuerdo con la sanción máximo imponible por las respectivas normas del Código de Justicia Penal Militar la acción penal está prescrita en relación con todos ellos.

2. La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares llega a la misma conclusión después de estudiar la situación procesal respecto de cada una de las imputaciones.

3. *Sabido es que la prescripción constituye fenómeno jurídico de extinción de la potestad punitiva del Estado cuando ha transcurrido término superior al máximo de sanción imponible para un determi-*

nado hecho punible, contado a partir de la fecha en que ocurrió. Como quiera que es el correr del tiempo lo que el legislador ha tenido en cuenta para la consagración de tal institución, lo que importa precisar en cada caso es el día en que el hecho sucedió y si este constituye comportamiento humano descrito en la penal como delito o contravención; por manera que la identificación misma de su autor o cómplice o el que estos hayan o no sido vinculados al proceso en legal forma, resulta indiferente para los efectos del reconocimiento de que se ha consumado el lapso prescriptivo; pudiera decirse entonces que no es este un fenómeno referido esencialmente a la persona de quien realizó o contribuyó a la ejecución de hecho punible, sino a comportamiento penalmente típico respecto del cual ha corrido término superior al legalmente fijado para que dentro de él la jurisdicción penal haga pronunciamiento definitivo.

4. En el presente caso, y de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Justicia Penal Militar, y del Código Penal los delitos que se le atribuyen a Meléndez Martínez tienen previstas penas máximas que fluctúan entre dos años de prisión para la detención arbitraria o el abuso de autoridad y diez años para la falsedad documental (arts. 157, 171, 177, 233 y C. de J. P. M. y arts. 172, 149 y 274 del C. P.). Ahora bien, como los hechos ocurrieron antes del mes de agosto de 1971 (no hay precisión sobre la fecha de comisión de cada uno de ellos), fecha en que rindió declaración jurada sobre los mismos, tiénese que desde entonces ha transcurrido período superior a los doce años, lo que permite concluir con el *a quo* que el fenómeno prescriptivo se ha consumado para todos ellos.

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

Confirmar el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz, Secretario.

INDICE DE LAS PROVIDENCIAS PUBLICADAS EN LA GACETA JUDICIAL DE 1983

Págs.

CONCUSION. Es tipo de sujeto activo cualificado; ha de existir relación causal entre el cargo funcional y la conducta de inducción, constreñimiento y solicitud de dinero o utilidad indebidos. Auto. Segunda instancia. 18 de enero de 1983. Declara la nulidad de lo actuado en el proceso adelantado en contra del doctor Hernando Bonilla Osorio Exjuez Quince de Instrucción Criminal de Sevilla (Valle), denunciado por el delito de concusión y quien fuera sobreseído temporalmente por el Tribunal Superior de Buga. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 7

INASISTENCIA ALIMENTARIA. Se rige por la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción. Es delito de carácter permanente y de tracto sucesivo. Auto. Colisión. 18 de enero de 1983. Decide colisión de competencias entre el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado Primero Penal Municipal de Montería. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 10

COLISION DE COMPETENCIAS. Cuando se trata de suscitar una colisión de competencias, el funcionario que así procede no puede tomar determinaciones de carácter anulatorio. Actuar así constituye una viciosa anticipación de funciones que, a la postre, carece de efectiva aplicación y sólo introduce en el trámite motivos de confusión. Auto. Colisión. 25 de enero de 1983. Dirime colisión de competencias entre los Tribunales Superiores de Armenia y Manizales. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 12

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE. La Corte solamente puede ocuparse de las demandas que atacan las sentencias dictadas con base o fundamento en veredictos contradictorios (art. 580, numeral 3º). El veredicto contradictorio constituye vicio *in iudicando* bien distinto del veredicto contraevidente. Sentencia. Casación. 25 de enero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual absolvió a Oscar Garzón Parga por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 15

IMPEDIMENTOS. Artículo 78, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal. La finalidad buscada por el legislador al erigir en causal de impedimento el parentesco dentro de determinados grados, no es otra que la de salvaguardar al máximo la absoluta independencia con que los funcionarios deben resolver los asuntos sometidos a su conside-

Págs.

ración. Auto. Impedimento. 1º de febrero de 1983. Acepta el impedimento manifestado por el doctor Alirio Zúñiga Guzmán, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 20

1º DICTAMEN PERICIAL. El auto de traslado debe proferirse pero no fatalmente. Se dicta por iniciativa del juez que conoce del proceso o del funcionario que lo instruye, o a petición de las partes. 2º FAVORABILIDAD. COMPLICE NECESARIO: ESTATUTO ANTERIOR. AUTOR: CODIGO VIGENTE. Es la obligación que tiene el juez de aplicar la ley más benigna a una situación preexistente. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo. Sentencia. Casación. 2 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual condenó a Miguel Angel Contreras Lozano, Rodrigo Alvarez Murillo, Gildardo Cárdenas Torres, José Cenín Cárdenas Jiménez y Fernando Echeverry Restrepo, por el delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 23

SALVAMENTO DE VOTO. Doctores Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo y Darío Velásquez Gaviria. 33

VEREDICTO CONTRADICTORIO. Inexistencia. No hay veredicto contradictorio en asuntos en donde dos de los miembros del jurado contestaron afirmativamente al cuestionario propuesto y un tercero contestó dubitativamente. Sentencia. Casación. 8 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Baudilio Murillo Ballesteros por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 36

PREVARICATO. Cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta *sub júdice*. Auto. Unica instancia. 8 de febrero de 1983. Se abstiene de iniciar sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá doctores Dídimo Páez Velandia, Humberto Rodríguez Robayo y Arturo Linares. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 40

RECURSO DE CASACION. DEMANDA ANTITECNICA. Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan claro y grave defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ella se pretendió sustentar. Sentencia. Casación. 9 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Alberto Calle Muñoz por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 44

Págs.

CAMBIO DE RADICACION. El cambio de radicación no debe disponerse por simples conjeturas o aprehensiones sobre la suerte del proceso o cuando los motivos de perturbación sean pasajeros; para su concesión se requiere un juicio exante, que aun cuando no necesita plena prueba para su fundamentación, lleve a la sentida convicción de que esos factores son elementos perturbadores de la normal administración de justicia. Concepto. Cambio de radicación. 15 de febrero de 1983. Favorable al cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta contra Jorge Muriel Arango, por el delito de homicidio y fuga de presos. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. ... 48

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. El delito se consuma con la falsificación y su uso, pero puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro delito. Auto. Colisión. 15 de febrero de 1983. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Veinticuatro Superior de Bogotá y Tercero Superior de Tunja. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. ... 53

IMPEDIMENTOS. Artículo 78, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal. La simple denuncia contra el funcionario no se halla consagrada en el elenco de las que allí aparecen. Auto. impedimento. 15 de febrero de 1983. Declara infundado el impedimento manifestado por la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses. Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 56

RECURSOS. EFECTO EN EL CUAL SE CONCEDEN: Artículo 196 del Código de Procedimiento Penal. EXCEPCIONES. El artículo 196 de la obra citada no debe entenderse en forma discriminada, porque una valoración de esta índole comprendería los fines del sumario, las normas generales y especiales que la estructuran y daría lugar a considerar como torpeza legislativa la susodicha disposición. Auto. Segunda instancia. 15 de febrero de 1983. Ordena adelantar la tramitación de segunda instancia en el proceso contra el doctor Raúl Quevedo Cubillos, Juez Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, denunciado por el delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 59

RECURSO DE CASACION. Artículo 580, causal 1ª del Código de Procedimiento Penal. JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA. La prueba que éste (jurado) tuvo a su conocimiento para emitir el veredicto, no puede controvertirse en sede de casación. La Corte reitera su doctrina. Sentencia. Casación. 15 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Montería, por medio del cual condenó a Arsenio Urzola Montes por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. ... 62

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. No se puede aceptar que por tratarse de un delito "CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA" los particulares no puedan constituirse parte civil, por carecer de interés jurídico dentro del proceso: Artículos 104 y 125 del Código Penal.

Págs.

Auto. Unica instancia. 17 de febrero de 1983. No repone su propia providencia por medio de la cual se aceptó la demanda de constitución de parte civil dentro del proceso contra el doctor Jorge Dangond Daza, Gobernador del Departamento del Cesar. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. 71

APODERADO. ABANDONO DEL RECINTO DEL JUZGADO ANTES DE CONCLUIR LA INDAGATORIA. Debe recurrirse a la designación de otro apoderado para continuar la injurada o darla por terminada en ese momento, con indicación exacta de lo sucedido. Auto. Segunda instancia. 18 de febrero de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Mardoqueo Jiménez Romero, Juez Quinto de Instrucción Criminal de esa ciudad sindicado del delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 75

COMPLICIDAD. CODIGO DE 1936: PREVIAMENTE CONCERTADA. ESTATUTO VIGENTE: OBRAR CON COMPLICIDAD DE OTRO. La nueva ley ha hecho más amplia la figura, puesto que dentro de ella puede quedar comprendida no solamente la que la doctrina habría determinado como "previamente concertada" sin que hubiera sido prevista en la ley como modificadora o elemento constitutivo del delito, sino también la que pueda corresponder a la coparticipación instantánea o coincidencial de los delincuentes. Sentencia. Casación. 18 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Nelson Mendoza por infracción al Decreto 118 de 1974. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. 80

FUGA DE PRESOS. CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPORTAMIENTO DE QUIEN SE EVADA: Artículo 185 del Código de Justicia Penal Militar. Sanción a quien sin tener la calidad de persona privada de la libertad, participa en la fuga: Artículos 186 y 187 *ibídem*. Concepto de persona "presa" en el delito de fuga descrito en el artículo 187 del Código de Justicia Penal Militar y en el artículo 205 del Código Penal de 1936. Sentencia. Casación. 18 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Jaime Enrique Gómez por los delitos de falsedad y fuga de presos. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 88

ACLARACION DE VOTO: Doctor Alfonso Reyes Echandía. 100

SALVAMENTO DE VOTO: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria. 101

JUECES. ELECCION. SISTEMA DE SELECCION. Deber inexcusable de informar sobre las virtudes y defectos de los postulados. Ausencia de delito cuando se impugna un candidato. Auto. Unica instancia. 18 de febrero de 1983. Se abstiene de iniciar sumario contra el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá denunciado por el delito de calumnia. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 105

Págs.

TECNICA DE CASACION. ARTICULO 580, CAUSAL 1ª DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. DESACIERTO EN EL PLANTEAMIENTO. Para establecer la indebida aplicación de algunas normas que llevaron a una imposición de pena mayor de la debida o merecida, olvida el censor que esta situación presupone aceptar la decisión de responsabilidad en los términos indicados por el fallador. Sentencia. Casación. 18 de febrero de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Rodrigo López Garzón y a Leopoldo Medina Mosquera por los delitos de homicidio y secuestro. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 108

ACLARACION DE VOTO: Doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 115

1º LIBERTAD CONDICIONAL. No basta, para llegar a decisión favorable a tal medida que el sujeto haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años o de prisión superior a dos, ni que hubiese cumplido las dos terceras partes de la impuesta —exigencias estas de naturaleza objetivo-formal—, sino que es necesario adentrarse en el examen de su personalidad, es decir, de su modo de ser y de actuar en sociedad, en la indagación de su comportamiento durante el período de ejecución de la pena y en el análisis de sus antecedentes individuales, familiares, laborales y sociales en general para realizar con tales elementos de juicio un pronóstico de readaptación social, no por precario y relativo, menos determinante e ineludible. 2º LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA. ALCANCES DEL INCISO 3º DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 32 DE 1971: REINCIDENCIA, PELIGROSIDAD Y FUGA. Desaparición de la peligrosidad en el nuevo estatuto penal, como fundamento de responsabilidad. Auto. Casación. 24 de febrero de 1983. Dispone la libertad provisional de Enrique Bernal Jiménez. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 117

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Alvaro Luna Gómez. 121

CAMBIO DE RADICACION. Cuando se acude a este remedio procesal no es que se esté haciendo una descalificación de los funcionarios ni del medio judicial a quienes se sustrae el conocimiento de un determinado asunto, sin que se atienda a circunstancias generalmente ajenas a ellos mismos, que pueden llegar a comprometer los superiores intereses de la justicia y los de los propios procesados. Concepto. Cambio de radicación. 17 de marzo de 1983. Favorable al cambio de radicación del proceso adelantado dentro del Distrito Judicial de Villavicencio, en contra de Beatriz Rivera de Gutiérrez y otros, por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 123

NULIDAD CONSTITUCIONAL. CUESTIONARIOS. TECNICA. Para que exista la nulidad constitucional, o nulidad jurisprudencial, es necesario que el acto procesal que se tilda de írrito carezca de los presupuestos de legalidad y logicidad que lo determinan. Si el cuestionario

Págs.

contiene las principales circunstancias de lugar, tiempo y modo que constituyeron el tipo delictivo o si, además, se determinaron las personas lesionadas, hay que aceptar que no obstante sus posibles defectos, no es dable alegar imprecisión o confusión en su texto. Sentencia. Casación. 22 de marzo de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual condenó a Gustavo Gómez Rodríguez, José Rodrigo Pacheco Bautista, Luis Suárez Castro y Pedro Antonio Ruiz Cruz, por los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 126

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Julio Salgado Vásquez, Conjuez. 126

CAUSALES DE INCULPABILIDAD (art. 40 del C. P., ordinal 4º). ERROR. IGNORANCIA. DIFERENCIAS. GRATUIDAD DE LA JUSTICIA CIVIL (art. 1º). Obrar con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias, para que el hecho corresponda a su descripción legal. El error implica un concepto equivocado o falso sobre algo; la ignorancia consiste esencialmente en la falta de conocimiento sobre el hecho de que se trata. El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción del impuesto de timbre y papel sellado y de las expensas señaladas en el arancel judicial. Sentencia. Segunda instancia. 24 de marzo de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual absolvió a José Rafael Manjarrés Florín por el delito de concusión, en su lugar lo condena por ese ilícito, por razón de sus funciones como Juez Civil Municipal de Chigorodó. Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez. 133

EXCEPCION AL DEBER DE DECLARAR. ARTICULOS 25 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y 239 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. La inobservancia de tal formalidad por parte del juez puede hacerlo incurrir en falta disciplinaria. El constreñimiento para testificar en ese caso puede constituir delito. Sentencia. Casación. 24 de marzo de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Alfonso Castañeda y a Rosa María Rodríguez Daza por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 140

ORDEN DE CAPTURA. Para indagatoria: Su procedencia en delito que tiene señalada pena de prisión; su atinencia en delitos que tienen pena de arresto y en aquellos que carecen de pena privativa de la libertad, procedimiento cuando se trata del delito de calumnia. Auto. Segunda instancia. 24 de marzo de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Sonia Gil Molina, Juez Penal del Circuito de Bello, el doctor Jaime Restrepo Osorio, Juez Veintitrés de Instrucción Criminal, la doctora Nubia Orrego de Osaaba, Juez Primero Penal Municipal, funcionarios de la ciudad de Bello, denunciados por los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y detención arbitraria. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 145

Págs.

RECURSO DE CASACION. DEMANDA ANTITECNICA. Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan claro y grave defecto no puede prosperar el recurso extraordinario que con ella se pretendió sustentar. Sentencia. Casación. 24 de marzo de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Daniel Ancízar Giraldo y Rosalba Atehortúa como infractores del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 149

ELABORACION DE PROYECTOS. El cambio de un proyecto de providencia por otro diferente, no puede ser considerado como un atentado contra la fe pública. Auto. Segunda instancia. 8 de abril de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al doctor José Almeida Sasibi, Juez Promiscuo Municipal de Floridablanca, indagado por un delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. ... 155

COLISION DE COMPETENCIAS. Sin fundamentación jurídica, la incompetencia declarada por funcionarios en conflicto, no tiene aptitud legal para articular o trabar la colisión. Auto. Colisión. 12 de abril de 1983. Se abstiene de dirimir una pretendida colisión de competencias entre los Juzgados Dieciséis Penal Municipal de Bogotá y Promiscuo Municipal de Puerto López (Meta). Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 159

DICTAMEN PERICIAL. La ley no le otorga el carácter de plena prueba o completa, como lo establece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, es al juez a quien corresponde valorarla. Sentencia. Casación. 12 de abril de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ligia Correa de Caviedes, Santiago Valderrama Fonseca, Juan Pablo Jiménez Azuero y Hernando Lozada Jiménez como infractores del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 161

1º DERECHO DE DEFENSA. Como pilar fundamental de la noción del debido proceso, se conculca en cualquier etapa procesal. 2º COMPLICE NECESARIO. En el nuevo Código Penal la complicidad quedó subsumida dentro del artículo 24, esto es, que el llamado cómplice necesario ha de considerarse como autor. Sentencia. Casación. 19 de abril de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Leonardo Ferreira por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 175

SALVAMENTO DE VOTO: Doctores Alfonso Reyes Echandía, Darío Velásquez Gaviria y Tarcisio Roldán Palacios (Conjuez). 185

1º EXCARCELACION. LIBERTAD PROVISIONAL. Excarcelar: Sacar de la cárcel a un detenido. Libertad provisional: Fin principal de la medida es que no se cumplan los efectos materiales del auto de detención. 2º LIBERTAD MEDIANTE CAUCION. EXIGENCIAS DE LA LEGIS-

Págs.

LACION DE 1936. Restitución e indemnización. NUEVA LEGISLACION. Total reparación: Restitución e indemnización. 3º AVALUO PERICIAL. OPORTUNIDAD PROCESAL. Desde el momento mismo en que se abre la investigación deben practicarse las pruebas tendientes a la demostración y cuantificación del daño. Auto. Unica instancia. 21 de abril de 1983. Sobresee definitivamente al doctor Pablo Barón Garavito y al doctor Numa Pompilio Hernández, Magistrados del Tribunal Superior de Tunja por el delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 188

AUTO INHIBITORIO. Inexistencia del hecho puesto en conocimiento de la justicia, atipicidad o imposibilidad legal para iniciar la acción penal, son fundamentos del auto inhibitorio. Auto. Segunda instancia. 26 de abril de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Juan José García Rivera, Exjuez Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, dispone que se inicie la investigación. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 195

CONCEPTO FISCAL. La ausencia de concepto fiscal previo a la calificación del sumario, no constituye violación de las formas propias del juicio. Auto. Segunda instancia. 28 de abril de 1987. Confirma, con alguna modificación, la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal de trámite ordinario al doctor Ramón Hinestroza Rodríguez, Exjuez Tercero de Instrucción Criminal para ese Distrito, por el delito de detención arbitraria. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 201

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 206

ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. DECRETO 1188 DE 1974. Sustancias que producen dependencia. Definición de conceptos. Tipificación de conductas. Medidas de prevención y rehabilitación. Sentencia. Casación. 28 de abril de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a John Raúl Ortiz Montoya como infractor del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 208

ACTOS ADMINISTRATIVOS. REVOCACION DIRECTA. DECRETO 2733 DE 1959. DISPOSICIONES DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL. Pueden ser revocados en cualquier tiempo, con excepción de aquellas providencias o actos ejecutoriados que se hallen sometidos al control de los Tribunales Contenciosos, que afectan o benefician a gran parte de la comunidad, no pueden predicarse como de interés particular ya que estas no son dictadas *intuitu persona.* Auto. Unica instancia. 3 de mayo de 1983. Sobresee definitivamente al doctor Donato Duque Patiño, Gobernador encargado del Departamento de Antioquia. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. ... 214

CONSEJO VERBAL DE GUERRA. CONVOCATORIA. Como no se trata de auto interlocutorio, sino que es un acto de impulso procesal, ha de

Págs.

notificarse al defensor del procesado. Sentencia. Casación. 3 de mayo de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al soldado Angel Tulio Mosquera por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 222

SALVAMENTO ACLARATIVO DE VOTO: Doctores Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez. 226

ADICION DE VOTO: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 227

DOCUMENTO MILITAR. Ha de entenderse aquél, que conservando la noción de tal en su sentido amplio como escrito, cinta, mapa, etc., tiene por exclusiva finalidad la conservación de la existencia, unidad e integridad de los cuerpos armados para que puedan llevar a feliz término su misión. Auto. Segunda instancia. 3 de mayo de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual sobreseyó en forma definitiva al Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas, Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada con sede en Cali y, en su lugar, abre causa criminal en su contra, por el delito de falsedad documental. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 228

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. CAUSAL 2ª, ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. TARJETA DE CREDITO. La finalidad de la institución de los impedimentos y recusaciones es la de asegurar a todo trance la imparcialidad o independencia del juez frente al caso que tiene sometido a su consideración. Auto. Impedimento. 3 de mayo de 1983. No acepta el impedimento manifestado por el doctor Hernando Franco Hernández, Magistrado del Tribunal Superior de Armenia. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 237

FAVORABILIDAD. Si la ley derogada está rigiendo el caso por ser más favorable en el aspecto sustancial que es el de la sanción, enerva, por lo mismo, la posibilidad de aplicación simultánea de la nueva sobre idéntico punto o sobre aquellos que dependen de éste. Auto. Casación. 10 de mayo de 1983. Declara bien denegado el recurso de casación interpuesto en el proceso seguido a Miller Andrade Zambrano en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que lo condenó por dos delitos de detención arbitraria, en razón de su cargo como Alcalde Municipal de Algeciras (Huila). Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 241

AMNISTIA. CONCEPTO. La amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos llevado por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político, para mantener o restablecer la conveniencia social y, por ende, la paz. Incompetencia de la Corte para conocer por apelación o consulta de las decisiones que sobre la ley de amnistía tomen los Tribunales. Auto. Segunda instancia. 17 de mayo de 1983. Se abstiene de conocer la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual negó la nulidad propuesta contra la que concedió la amnistía a

Págs.

Oscar Hernán Hurtado Ramos, sindicado del delito de daño en cosa ajena. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 245

SALVAMENTO DE VOTO: Doctores Alfonso Reyes Echandía y Luis Enrique Aldana Rozo. 250

COLISION DE COMPETENCIAS. La colisión de competencias es fenómeno procesal y solamente puede suscitarse entre funcionarios del conocimiento y nunca entre funcionarios de instrucción o entre estos y un competente para fallar o decidir. Auto. Colisión. 18 de mayo de 1983. Se abstiene de resolver la cuestión surgida entre los Jueces de Instrucción Criminal Décimo de El Guamo (Tolima) y Treinta y Tres de Bogotá (Cundinamarca). Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 254

AUTO INHIBITORIO. Alcances del artículo 320 del Código de Procedimiento Penal. Auto. Segunda instancia. 25 de mayo de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Sincelejo, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Rafael Valencia, en su condición de Juez adjunto Primero Penal del Circuito de esa ciudad, en su lugar dispone la iniciación de la investigación. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 257

ESTABILIDAD DE LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS. El legislador estableció la estabilidad de los cargos para los empleados subalternos de los juzgados y de las fiscalías por el respectivo período constitucional y legal del titular. Auto. Segunda instancia. 26 de mayo de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación contra el doctor Carlos Alberto Barrera Duanka, Juez Primero Promiscuo del Circuito de Granada (Meta), por los delitos de falsedad y prevaricato. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 259

RECURSO DE CASACION. DEMANDA ANTITECNICA. Si el censor no cumplió con los requisitos procedimentales que rigen la elaboración de la demanda en tema de casación, por tan grave y claro defecto no puede prosperar el recurso extraodinario que con ella se pretendió sustentar. Sentencia. Casación. 26 de mayo de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Popayán, por medio del cual condenó a Ery Eduardo Guzmán Satizábal por el delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 263

1º HABEAS CORPUS. DETENCION PROVISIONAL DE UN REQUERIDO Y ASPECTOS QUE TOCAN CON LA MISMA. Recursos de la índole de nuestro habeas corpus —artículos 417 y ss. del Código de Procedimiento Penal—, son ajenos a las situaciones que genera la extradición. Corresponde al Ministerio de Justicia, hacer efectiva la detención provisional de un requerido, así como resolver aspectos que tocan con la misma. 2º EXTRADICION. a) Personas ausentes del país; b) Sin determinar su identidad física. Fundamento objetivo y límites de la extradición. CAMBIO DE DOCTRINA. Si nada se sabe sobre este particular o se

Págs.

desconoce su paradero, o es posible deducir por las iniciales indagaciones que está fuera del territorio colombiano, la Corte debe inhibirse en la formulación de su concepto. Otro tanto ocurre cuando no ha sido posible determinar la identidad física del requerido y está en duda si se trata de la misma persona autora o cómplice del hecho o hechos delictuosos que motivan el pedimento de la extradición. El instituto traduce para el delincuente la seguridad de saber que su conducta, vaya donde vaya, no quedará impune, pero a su vez, no permite negar garantías fundamentales de procedimiento ni desentenderse de los derechos humanos, ni establecer una doble sanción por el mismo comportamiento. Concepto. Extradición. 30 de mayo de 1983. Desfavorable a la extradición de José Iván Duarte y Jairo David Valencia Cárdenas, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 266

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Alvaro Luna Gómez. 275

1º VEREDICTO. Cuando hay meridiana claridad y no envuelve contradicción, no existe alternativa diferente de su aceptación y publicación, salvo que pugne con la realidad probatoria que recoge el proceso, en cuyo caso puede ser declarado contraevidente; pero cuando ello no ocurre, esto es, cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance, por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de la intervenciones en la audiencia pública. 2º DIMINUENTE DE RESPONSABILIDAD. ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR. Fue y sigue siendo exigencia normativa del precepto que recogía y recoge la figura jurídica que se estudia, la de comprobar que existió un comportamiento grave e injusto de un tercero hacia quien reaccionó emocionalmente y establecer el vínculo lógico entre ese estado síquico y aquella su causa, la cual, por lo demás, debe tener la virtualidad de desencadenarlo, pues no se trata de favorecer temperamentos impulsivos sino de comprender situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectiva y volitiva del agraviado en virtud de la alteración anímica provocada por la ofensa y que permiten hacer, por lo mismo, una disminución de la pena. Sentencia. Casación. 31 de mayo de 1983. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual condenó a Edgar Oswaldo Garzón Sanabria por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 276

1º SUJETO ACTIVO CUALIFICADO. COMPLICES O DETERMINADORES. Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se determinará en forma directa a la pertinente, disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. 2º ESTAFA PROCESAL. Se le da el calificativo de estafa procesal, por el hecho de que la defraudación se logra a través de la intervención funcional de los jueces. Sentencia. Casación. 3 de junio de 1983. Casa el fallo del Tri-

Págs.

bunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a César Echeverry Correa por el delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 295

AUTO DE PROCEDER. Requiérese que la acusación que se hace al procesado esté debidamente delimitada, como mecanismo instrumental para que el hecho imputado y su significación sean conocidos y, por lo tanto, garantizado el punto de partida del derecho de defensa. Sentencia. Casación. 7 de junio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jorge Enrique Chaves Estupiñán por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 302

DEFENSA. La efectividad de la defensa no depende de la cantidad de argumentos que presente un defensor, con el fin de librar al procesado de los cargos y la abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento breve pero sólido de los aspectos favorables del caso. Sentencia. Casación. 7 de junio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a María del Carmen Salazar Cantero por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 308

PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. ARTICULO 136 DEL CODIGO PENAL. Este tipo especial tutela esencialmente el interés jurídico de la administración pública en el concreto aspecto de la planificada ejecución del gasto público, que tiene fundamento constitucional en el artículo 207 de la Carta y de la previa destinación de bienes al cumplimiento de finalidades específicas. Auto. Unica instancia. 7 de junio de 1983. Sobresee definitivamente al doctor Carlos Fernando Giraldo Angel, Gobernador del Departamento de Caldas denunciado por el delito de peculado. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 314

ALCANCES DEL ARTICULO 437 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. LIBERTAD INMEDIATA DEL INDAGADO POR AUTO DE SUSTANCIACION. Esta apreciación tiene por supuesto obligado que se den las circunstancias indicadas en la mencionada norma, las cuales tiene por esencia advertir que la resolución del funcionario debe tomarse de modo espontáneo, sin estímulos provenientes de las partes que actúan en el proceso, sin tratar de controvertir con estos, o de realizar un estudio de las probanzas, o de definir la procedencia de algunas pruebas o su impertinencia o inadmisibilidad, actividades todas estas que lejos de ajustarse al contenido, modalidades y efectos de un auto de sustanciación, se insertan, más bien, en la providencia interlocutoria. Auto. Unica instancia. 8 de junio de 1983. Resuelve no iniciar investigación contra los doctores Gustavo Figueroa Martínez, Luis Carriazo Sampayo y Jorge Munir Jaller Cure, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, denunciados por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 320

Págs.

1º FACULTADES DEL JUEZ PENAL. No cabe duda que el juez penal de conformidad con el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, está autorizado para resolver cuestiones civiles y administrativas que deben conformar los elementos tipificantes de la infracción, siempre y cuando no haya, al tiempo de cometerse el delito, juicio pendiente sobre ellos. 2º CONTRATO DE COMPRAVENTA. VICIOS. Si el consentimiento del vendedor se generó por error (art. 1508 del C. C.), si no tiene causa lícita (art. 1524 del C. C.), resulta lógico concluir que constituye un acto jurídico ineficaz o totalmente nulo (art. 1741 del C. C.). Sentencia. Casación. 9 de junio de 1983. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual absolvió a Héctor Elías Bedoya Jaramillo por un delito de falsedad y mantiene la decisión de condena por otros ilícitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 325

RECURSO DE REVISION. Ataca la seguridad y garantía de la cosa juzgada. Auto. Revisión. 9 de junio de 1983. No admite la demanda de revisión del proceso seguido a Argemiro Alegría Molano, en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bolívar por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 332

ABUSO DE FIRMA EN BLANCO. Delito contra la propiedad: Antigua legislación. Creación total o parcial de un documento: Atentado contra la fe pública. Codificación actual. Sentencia. Casación. 14 de junio de 1983. Casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jorge Barrios Barrios, por el delito de falsedad, en su lugar declara la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación y, como consecuencia, la prescripción de la acción penal y la cesación de todo procedimiento. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 335

EXTRADICION. SOLICITUD DE PRACTICA DE PRUEBAS. Los jueces colombianos no pueden rechazar la atendibilidad, legalidad y procedencia de las pruebas practicadas dentro del procedimiento judicial norteamericano, al margen de las normas legales que lo rigen en ese país, para, en su lugar, hacerlo de acuerdo con nuestras propias disposiciones procesales, concretamente, en tratándose de la prueba testimonial. Concepto. Extradición. 14 de junio de 1983. Niega parcialmente la práctica de algunas pruebas, dentro del incidente de extradición de Emiro de Jesús Mejía Romero, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos. Magistrados ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 341

HABEAS CORPUS. La intervención del Juez Penal o Promiscuo Municipal, en función de la garantía del habeas corpus, se reduce a advertir si mediaba una petición telegráfica en que se afirmara su enjuiciamiento (o su equivalente) o la condena de un requerido, según las voces del artículo 742 del Código de Procedimiento Penal, o la comunicación escrita diplomáticamente en tal sentido, así la actuación en el exterior apenas contemplase la detención provisional y luego verificar si se ha superado el término de los tres meses, señalado en el artículo VII del

Págs.

Tratado de 1888 o en el artículo II-3 del Tratado de 1980, o falta de estipulación especial, los sesenta días señalados en el mencionado artículo 742 del Código de Procedimiento Penal. Auto. Segunda instancia. 21 de junio de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al doctor Luis Carlos Rosales Díaz por el delito de prevaricato, en su lugar dicta en su contra auto de proceder. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 345

PROCEDIMIENTO LABORAL. AUDIENCIAS DE: CONCILIACION, TRAMITE Y JUZGAMIENTO. Las primeras tienen por objeto el arreglo amigable del litigio, las segundas se destinan a la práctica de las pruebas y a escuchar las alegaciones de las partes y las últimas sirven de marco procesal al proferimiento del fallo y a su notificación. Auto. Segunda instancia. 21 de junio de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual sobreseyó definitivamente a la doctora Elsa L. Llanos Herrera, Juez Sexto Laboral del Circuito de esa ciudad, denunciada por los delitos de prevaricato y abandono del cargo. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 357

1º VEREDICTO. SENTENCIA. Al juez del conocimiento o al Tribunal en su caso, compete determinar el real sentido del veredicto. Una vez establecido que la respuesta no es contradictoria, esto es, que entre las cláusulas que la conforman no existe oposición lógica que la haga inexistente, procede analizar si ella no contraría la verdad que muestra la prueba. En el caso de que el veredicto no sea contradictorio ni contraevidente, constituye el necesario sustento de la sentencia. 2º INTERPRETACION DEL VEREDICTO. A los miembros de un jurado popular no puede exigírseles el empleo de expresiones técnicas o frases sacramentales; sin embargo esto en manera alguna significa que la amplitud interpretativa permita al juez de derecho crear la respuesta o, so pretexto de desentrañar su alcance, hacerle decir cosas que no se deducen de su texto. Sentencia. Casación. 22 de junio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jesús Antonio Torres Monsalve, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. ... 374

INIMPUTABLES. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. Ninguna de las causales señaladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, resultan ajenas o incompatibles en casos de procesados que al momento de ejecutar un hecho descrito por la ley penal, padecían de inmadurez sicológica o trastorno mental. Tal vez aparezcan como más pertinentes, como más angustiosamente conducentes. Auto. Casación. 23 de junio de 1983. Declara admisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó al inimputable Johnnatan Kennedy como autor del delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 380

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 383

Págs.

DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSAS QUE ELIMINAN LA ANTIJURIDICIDAD DE AQUELLAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD. En el caso de que se den las primeras, el hecho objetivamente no es delictivo, mientras que si se da alguna de inculpabilidad, el hecho sigue siendo objetivamente delictuoso pero no reprochable para quien lo ha realizado y en su actuar ha concurrido alguna de las causales previstas en el artículo 40 del Código Penal. Auto. Colisión. 28 de junio de 1983. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo y Sexto Superior de Tunja. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 385

INCULPABILIDAD. ERROR SOBRE EL TIPO (art. 4º, numeral 4º del C. P.). Para que tal error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible al agente evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto. Sentencia. Casación. 28 de junio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Popayán, por medio del cual condenó a Susana Paz Montenegro por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 389

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Alvaro Luna Gómez. 402

ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE DERECHO DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA (art. 561 del C. de P. P.). Si el juez es el director de la audiencia, con poderes tan radicales e inobjetables que ni siquiera son susceptibles de ser apelados a instancias superiores, debe como tal contar con atribuciones suficientes para procurar su ordenado desarrollo, corrigiendo excesos, controlando desafueros y resolviendo los conflictos surgidos en ella. De ahí que sea lógico afirmar que está autorizado para intentar, por iniciativa propia, contactos con el jurado de conciencia o atender las solicitudes que estos le comuniquen. Sentencia. Casación. 30 de junio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Luis María Hernández por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 408

ELABORACION DE CUESTIONARIOS. CIRCUNSTANCIAS. Las circunstancias que deben ser incluidas en el cuestionario son igualmente aquellas que, debidamente comprobadas tienen un sentido jurídico, esto es, aquellas que pueden modificar la pena correspondiente. Sentencia. Casación. 5 de julio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al agente de la Policía Nacional Daniel Escobar Marmolejo por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 413

EXTRADICION. NACIONALES COLOMBIANOS. ESTATUTO PENAL ACTUAL. TRATADOS PUBLICOS. De conformidad con tales preceptos si en un tratado público de extradición suscrito por Colombia se autoriza, o al menos, no se prohíbe la concesión o solicitud de extradición de nacionales colombianos el Gobierno no podrá negarse a

Págs.

extraditar por razones de nacionalidad. Concepto. Extradición. Desfavorable a la extradición del ciudadano colombiano Fernando Ibagón Ibagón, solicitada por el Gobierno del Ecuador. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 419

ACLARACION DE VOTO: Doctor Alvaro Luna Gómez. 422

JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. No es pertinente aducir la causal del inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por la libertad de que gozan los integrantes del llamado Tribunal Popular en la apreciación de las pruebas. La Corte reitera su doctrina. Auto. Casación. 12 de julio de 1983. Declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a Misael Reyes Torres por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 423

JURISDICCION Y COMPETENCIA. Competencia de los Tribunales para juzgar a Personeros Municipales. Auto. Segunda instancia. 12 de julio de 1983. Declara nulo lo actuado en el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Valledupar contra Carlos Ospina Lascarro, Personero Municipal de Chimichagua. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 425

RECURSO DE CASACION. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO. Si bien es cierto que en materia civil no existe intervención del Ministerio Público, la remisión que hace el Código de Procedimiento Penal al de Procedimiento Civil, es sólo en cuanto a la determinación de la causal o causales que deban invocarse en el recurso de casación, mas no de su trámite, el cual se halla debidamente reglamentado en el procedimiento penal. Auto. Casación. 12 de julio de 1983. No repone su auto del 7 de septiembre de 1982, por medio del cual revocó el del Tribunal Superior de Bogotá, que negó a la parte civil el recurso extraordinario de casación en relación con el monto de los perjuicios causados con la infracción. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 428

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 435

1º INVALIDEZ DE UN ACTO. Sólo procede cuando la ley exige expresamente que se llenen ciertas formalidades y estas no se han cumplido. 2º CONEXIDAD. Artículo 167. Excepciones. Auto. Casación. 21 de julio de 1983. Desecha el recurso extraordinario de casación, interpuesto por Armando Ruiz Pacheco, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Restrepo Arteaga. 437

VEREDICTO INEXISTENTE. La falta de nitidez y precisión en la respuesta del juri esconde su verdadera voluntad, la hace inescrutable y así lo confuso se torna inexistente. Sentencia. Casación. 21 de julio de 1983.

Págs.

Casa el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a José de Jesús Gil Cardona por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Restrepo Arteaga. 443

CONFESION. ¿Qué se entiende por confesión? Sentencia. Casación. 26 de julio de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a María del Socorro Osorio y a Guillermo Valencia Giraldo por el delito de falsedad. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 449

RECURSO DE REVISION. Sus causales son taxativas y requieren demostración fehaciente e irrefutable. Auto. Revisión. 2 de agosto de 1983. Desestima el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Francisco Noel Peña Romero como infractor del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 455

RECUSACION. Los actos ejecutados por los Jueces o Magistrados dentro del proceso penal en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir en el futuro, motivo de impedimento para conocer del mismo asunto. Auto. Impedimento. 2 de agosto de 1983. Declara infundada la recusación propuesta contra la doctora Beatriz Castaño de López, Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 457

DELITO DE FUGA. En qué consiste. Auto. Colisión. 9 de agosto de 1983. Dirime el conflicto de competencias entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá y Quinto Penal del Circuito de Palmira. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 460

PREVARICATO. Configuración. Sentencia. Segunda instancia. 9 de agosto de 1983. Confirma, con algunas modificaciones, la condena impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá a Miguel Segundo Corrales Medrano, Exjuez Décimo de Instrucción Criminal por el delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 462

DEMANDA SUSTANCIALMENTE INEPTA. No es admisible que en ella se alegue a un mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley sustancial, porque, como repetidamente lo ha dicho la Corte, este es un planteamiento antinómico que comporta un absurdo lógico insuperable. Sentencia. Casación. 11 de agosto de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual condenó a los hermanos Reyes y Pablo Enrique Villamil Nieto y a Carlos Julio Nieto por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 468

PARTE RESOLUTIVA DE UNA DECISION. La parte resolutiva de una decisión no es otra cosa que la necesaria consecuencia de la motivación; por lo tanto no resulta aconsejable escindir artificialmente las partes que conforman un todo, por cuanto estas se integran y complementan mutuamente. Sentencia. Casación. 11 de agosto de 1983.

Págs.

No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Alberto Valencia Otálvaro por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 472

INTERPRETACION DE LA LEY. PREVARICATO. Cuando el sentido de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y, pese a ello, se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato. Auto. Segunda instancia. 16 de agosto de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bucaramnga, por medio de la cual llamó a juicio al doctor Segundo Guarín Pinto, Juez Primero Civil del Circuito de Málaga, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 476

DEMANDA. ERRORES DE TECNICA. Es ostensible equivocación técnica que vicia irreparablemente la demanda, atacar la sentencia por violación directa de la ley, en su modalidad de aplicación indebida y demostrar el cargo con un estudio crítico de la prueba que sirvió al fallador para dictar sentencia. Sentencia. Casación. 23 de agosto de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Fernando Sánchez Bueno por el delito de peculado. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 480

CAPTURA. IMPROCEDENCIA. Artículo 426 del Código de Procedimiento Penal. Excepciones. Del texto legal transcrito dedúcese que la captura no procede cuando el delito de que se trata tiene señalada pena de arresto. Sin embargo, esta regla tiene dos excepciones en el ordenamiento procesal vigente: a) Cuando citado el sindicado no comparece y b) En los casos de flagrancia y cuasiflagrancia. Auto. Segunda instancia. 24 de agosto de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual abrió causa criminal contra el doctor Raúl Alvarado Linares, Exjuez Diecisiete de Instrucción Criminal por el delito de detención arbitraria, en su lugar, en la modalidad de privación abusiva de la libertad lo sobresee definitivamente y por la prolongación indebida de la detención lo sobresee temporalmente. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 483

EL FUERO COMO EXCEPCIONAL PRERROGATIVA INSTITUIDA POR RAZON DE LA CALIDAD FUNCIONAL DEL PROCESADO. JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA. El fuero representa una especial prerrogativa conferida por el constituyente o por el legislador ordinario, en virtud de la cual se busca que el juzgamiento de determinadas personas se haga por autoridades diferentes de aquellas a quienes se atribuye la competencia por razón de la naturaleza del hecho. Para la aplicación de esta disposición (art. 8º del Decreto 2347 de

Págs.

1971) se exige no sólo la calidad funcional del procesado para el momento de la comisión del hecho delictivo, sino, además, es necesario que el hecho se cometa por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo. Sentencia. Casación. 24 de agosto de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Lázaro Riaño Fernández por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 489

IMPEDIMENTO Y RECUSACION. El Código de Procedimiento Penal trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender a ésta con los preceptos de aquél. Auto. Impedimento. 30 de agosto de 1983. Se abstiene de pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de un impedimento en el Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 497

NULIDAD CONSTITUCIONAL. Intervención del Ministerio Público. Artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia. Casación. 30 de agosto de 1983. Casa el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Luis Alfonso García Correa por el delito de homicidio, en su lugar decreta la nulidad de lo actuado desde el auto que señaló fecha para el sorteo de jurados. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 500

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 506

1º SITUACION JURIDICA DEL INDAGADO. PROVIDENCIA. INTERPRETACION JURIDICA DEL ARTICULO 437 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DIVERSIDAD DE OPINIONES DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. El derecho no es ciencia causal explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas; su naturaleza teleológica-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación. 2º RECURSO DE APELACION. Efecto en el cual se concede. Fines propuestos por el legislador. Auto. Unica instancia 30 de agosto de 1983. Se abstiene de iniciar investigación penal contra el doctor César Pompeyo Rodríguez Rangel, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, denunciado por los delitos de prevaricato y denegación de justicia. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 509

ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDENCIA. No es procedente su aplicación cuando se invoca ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. Auto. Segunda instancia. 6 de septiembre de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual negó la cesación de procedimiento

Págs.

adelantado contra el doctor Libardo de Jesús Mora Medina, Juez Diecinueve Penal del Circuito de esta ciudad. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 515

1º DELITO COMPLEJO (CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES). Es una forma aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción. De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. 2º FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. El delito se consuma con la falsificación y su uso, pero puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro delito. Sentencia. Casación. 15 de septiembre de 1983. Casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Jaime Gallego Cifuentes por el delito de estafa y lo absolvió por el de falsedad y, en su lugar, lo condena por las dos infracciones. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 518

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 526

DEFENSA. Debe recordarse que defender no es una labor simple, que muchas veces la actividad y tenacidad en pedir y alegar son necesarias, sin embargo hay casos en que la pasividad y el silencio son medios que pueden resultar a la postre efectivos. Sentencia. Casación. 29 de septiembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Leonardo Cuéllar por los delitos de secuestro extorsivo y violencia carnal. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 527

INJURIA Y CALUMNIA. La injuria consiste en hacer imputaciones deshonrosas a otras personas. La calumnia consiste en impugnar falsamente un hecho punible. Auto. Unica instancia. 29 de septiembre de 1983. Se abstiene de iniciar investigación penal contra el doctor Rodolfo González García, Contralor General de la Nación, por los delitos de injuria y calumnia. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 532

NULIDAD. Hay nulidad cuando se vulneran los principios rectores del proceso, pues esa es la esencia y el contenido de las causales taxativamente contempladas en la ley. Sentencia. Casación. 29 de septiembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Fabio Silva Rojas por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Servio Tulio Ruiz. 537

JUZGAMIENTO DE MILITARES POR DELITOS COMUNES. El juzgamiento de militares por delitos comunes está atribuido a la Justicia Penal Militar únicamente durante el estado de sitio. Sentencia. Casación. 3 de octubre de 1983. Casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Cabo Segundo del Ejército Nacional Edgar José Villar Mesa por el delito de homicidio, en su lugar declara la nulidad

Págs.

de lo actuado a partir de la sentencia de segunda instancia y ordena el envío del proceso al Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 549

ACLARACION DE VOTO: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 556

DEMANDA DE REVISION Y CASACION. ELABORACION. Imponen una actividad o desarrollo que comprende la elaboración según precisos requisitos formales, la invocación de concretas causales legales, el correcto señalamiento de los fundamentos jurídicos o fácticos y una adecuada sustentación de cada cargo en forma separada y compatible con los demás, todo lo cual es evidentemente, materia de especiales conocimientos jurídicos. Auto. Revisión. 20 de octubre de 1983. Desestima el recurso de revisión del proceso contra Marino Vega Cardona, en el que fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 557

1º EXTRADICION. Origen. No aparece en la historia del derecho como un instituto encaminado a reprimir la delincuencia sino como un acto de prepotencia política entre los príncipes para destruir a sus enemigos, principalmente a sus adversarios políticos. Demoró mucho tiempo para convertirse en una forma de lucha contra la impunidad. 2º EXTRADICION. Equivalencia del auto de proceder. La acusación del Gran Jurado ante un Tribunal Federal de Distrito en los Estados Unidos de América, es tanto como el auto de proceder en la legislación procesal colombiana. 3º EXTRADICION. Naturaleza del instituto. Es de carácter administrativo y no tiene por objeto planteamientos jurídicos que tiendan a excluir el delito o a exculpar a su autor. Concepto. Extradición. 20 de octubre de 1983. Favorable a la extradición del ciudadano colombiano Lucas Gómez Van Grieken, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos de América. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 560

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Alvaro Luna Gómez. 566

CAUSAL DE JUSTIFICACION. Decreto 546 de 1971. Como el ordenamiento legal que establece el régimen de prestaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional permite al funcionario o empleado incapacitado que cobre los emolumentos cuando la incapacidad no supere el término allí previsto, es obvio que no puede ser contrario al ordenamiento tomado como totalidad, el ejercicio de ese derecho ni los medios utilizados para hacerlo efectivo. Auto. Segunda instancia. 21 de octubre de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Florencia, por medio de la cual encausó a Germán Vega Cruz por el delito de peculado culposos y lo sobreseyó en forma definitiva por abandono del cargo y falsedad. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 579

EXTRADICION. La concesión de la extradición de una o varias personas no equivale, en modo alguno, a un proceso criminal ni al juzgamiento

Págs.

de la persona o personas cuya extradición se solicita o se concede, pues sus efectos se hallan circunscritos a su aprehensión y entrega para ser juzgadas posteriormente, según las leyes vigentes en la legislación penal procesal del Estado requirente. Se trata de un procedimiento puramente administrativo. Concepto. Extradición. 26 de octubre de 1983. Favorable a la extradición de Emiro de Jesús Mejía Romero, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 583

1º CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION O DE ATENUACION PUNITIVA. Es de obligación ineludible consignarlas, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia, es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. 2º AUTO ENJUICIATORIO. Análisis probatorio. Cuando la afirmación escueta corresponde a un hecho evidente o, al menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para dificultar la defensa. Sentencia. Casación. 2 de noviembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Reinaldo Vargas Rojas por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 592

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. El delito de prevaricato frente al artículo 561 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia. Casación. 10 de noviembre de 1983. Casa el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Carlos Clímaco Bueno Bueno por el delito de prevaricato, en su lugar lo absuelve del mismo. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria. 600

INDICIO. PLURALIDAD. Cuando se habla de pluralidad de indicios es necesario examinar si realmente existen varios hechos indicadores simples o circunstancialmente complejos con entidad propia y unidireccionalmente orientados hacia el mismo hecho punible o hacia el mismo autor; sin embargo esta intrínseca autonomía naturalística de aquellos no significa aislamiento o insularidad ontológicas; al contrario, ha de estar acompañada de una lógica conexidad y de una convergencia mutua respecto del mismo hecho indicado. Sentencia. Casación. 17 de noviembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a David Monroy Vargas por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 615

CONSTITUCION DE PARTE CIVIL (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA). Si un particular se ha sentido lesionado con ese comportamiento no hay razón valedera para desconocer el derecho que tiene a demostrar la lesión. Auto. Segunda instancia. 24 de noviembre de 1983. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual aceptó la demanda de constitución de parte civil en el proceso adelantado contra el doctor Joel de J. Arbeláez, Juez Superior de esa ciudad, por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 619

Págs.

DIMINUENTE DE RESPONSABILIDAD. Artículo 28 del Código Penal de 1936 (Artículo 40 del Código Penal actual). Los factores que deben tenerse en cuenta son: 1. El tenor literal del veredicto, 2. Las peticiones de las partes al final de sus alegaciones en la audiencia y 3. La prueba de los hechos en el proceso. Sentencia. Casación. 29 de noviembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a Custodio Cepeda Jiménez por los delitos de homicidio y fuga de presos. Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 622

EXTRADICION. TRATADOS INTERNACIONALES. EXAMEN JURIDICO DE LA CUESTION. No es pertinente para decidir sobre este punto hacer consideraciones relacionadas con aquellos mecanismos de derecho interno que regulan la aplicación de la ley penal nacional, cuando en tratado de extradición se ha resuelto concederla aún en hipótesis en las que sin la existencia del tratado sería aplicable la legislación penal colombiana. Si en una tal situación se considera inconveniente o hasta pernicioso el compromiso internacional adquirido, no parece haber solución jurídica distinta de la de denunciar el convenio. Si la Corte ha hecho ya en su concepto, como debe hacerlo, el examen jurídico de la cuestión, no es tarea del Gobierno volver sobre ese aspecto y, menos aún, cimentar su decisión contraria a la extradición en consideraciones jurídicas opuestas a las que sirvieron a la Corte para emitir su concepto favorable; si así fuera, sobraría el pronunciamiento previo de la Sala, a más de que se le estaría sometiendo a una instancia de revisión administrativa no prevista en la ley ni tratado alguno. Concepto. Extradición. 29 de noviembre de 1983. Favorable a la extradición del ciudadano colombiano Carlos Lehder Rivas, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos de América. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 627

PARTE CIVIL. EJERCICIO DENTRO DEL PROCESO PENAL. Si bien la acción indemnizatoria es de naturaleza civil, su ejercicio dentro del proceso penal la subordina a éste, no sólo en el aspecto procesal sino también en el sustancial. Auto. Casación. 29 de noviembre de 1983. Resuelve el recurso de hecho declarando inadmisible el de casación en el proceso seguido a Luis Carlos Morales Esguerra en el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de fraude mediante cheque. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero. 635

RAPTO: CODIGO DE 1936. SECUESTRO: DECRETO 100 DE 1980. El rapto no apareció en la codificación promulgada (Decreto 100 de 1980) posiblemente bajo la consideración de que su tipificación especial era innecesaria, por cuanto de todas maneras la conducta quedaba regulada en el nuevo ordenamiento como un delito de secuestro. Auto. Colisión. 30 de noviembre de 1983. Dirime el conflicto de competencias entre los Juzgados Primero Penal del Circuito de Florencia (Caquetá) y Primero Penal del Circuito de El Espinal (Tolima). Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 638

Págs.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. ERROR DE HECHO: INEXISTENCIA DE LA PRUEBA. No se trata de un juicio de valor, un concepto jurídico (legalidad de la prueba), sino de una visualización material. Sentencia. Casación. 30 de noviembre de 1983. No casa el fallo del Tribunal Superior de Pasto, por medio del cual condenó a Conrado Guarín Zapata, Conrado Guarín Obando y Angel Gómez Gómez, como infractores del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 643

DETERMINADOR (art. 23 del C. P.). Es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal. Auto. Segunda instancia. 1º de diciembre de 1983. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual sobreseyó temporalmente al doctor Fernando Cuéllar Rodríguez, Exjuez Noveno Penal Municipal de la misma ciudad, en su lugar lo llama a responder en juicio criminal por el delito de concusión. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 652

RECURSO DE REVISION. HECHO NUEVO. PRUEBA NUEVA. El hecho nuevo previsto como causal de revisión en el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido. Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, por cuyo aporte ex-novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Auto. Revisión. 1º de diciembre de 1983. No ordena revisión del proceso en el que fue condenado Rafael Madiedo Baquero por el delito de perturbación de la posesión, según decisión del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 657

RECUSACION. El Código de Procedimiento Penal, no ha erigido como causal de recusación el hecho de haber existido enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado, sino el hecho actual, presente, de darse tales grados de amistad o enemistad para el momento en que el Juez o Magistrado debe conocer del proceso. Auto. Recusación. 6 de diciembre de 1983. Declara infundada la recusación propuesta contra la doctora Edilia Ortega de Suárez, Magistrada del Tribunal Superior de Pasto. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras. 662

PRESCRIPCION. Es el correr del tiempo lo que el legislador ha tenido en cuenta para la consagración de tal institución. Auto. Segunda instancia. 12 de diciembre de 1983. Confirma la providencia del Tribunal

Págs.

Superior Militar, por medio de la cual declaró prescrita la acción y dispuso cesar el procedimiento adelantado contra Guillermo Meléndez Martínez, Auditor Principal de Guerra en la Sexta Brigada, denunciado por diferentes delitos. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. 666



FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penicentral de Colombia en el mes de septiembre de 1989.

BOGOTA, D. E. - COLOMBIA