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 CLXXXI – Número 2420
Bogotá, D. E., Colombia – Año 1985

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXXI

1985



SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E. - IMPRENTA NACIONAL - 1988

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

1 9 8 5

SALA PLENA

Doctores ALFONSO REYES ECHANDIA †, **Presidente.**
FERNANDO URIBE RESTREPO, **Vicepresidente.**
Rafael Reyes Negrelli, Secretario General.
Inés Galvis de Benavides, Secretaria General.

SALA CIVIL

Doctores HERNANDO TAPIAS ROCHA, **Presidente.**
Rafael Reyes Negrelli - Inés Galvis de Benavides. Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Héctor Gómez Uribe.
Horacio Montoya Gil †
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Hernando Tapias Rocha.

SALA PENAL

Doctores ALVARO LUNA GOMEZ, **Presidente.**
HERNANDO BAQUERO BORDA, **Presidente.**
Lucas Quevedo Díaz - Heriberto Velásquez Ramos.
Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores **Luis Enrique Aldana Rozo.**
Fabio Calderón Botero †
Dante L. Fiorillo Porras †
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez - Hernando Baquero Borda.
Alfonso Reyes Echandía †
Pedro Elías Serrano Abadía †
Darío Velásquez Gaviria †

SALA LABORAL

Doctores FANNY GONZALEZ FRANCO †, **Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Ismael Coral Guerrero.**
Manuel Enrique Daza Alvarez.
José Eduardo Gnecco Correa †
Fanny González Franco †
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores ALFONSO PATIÑO ROSSELLI †, **Presidente.**
Ricardo Correal Morillo. Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores **Manuel Gaona Cruz †**
Carlos Medellín Forero †
Ricardo Medina Moyano †
Alfonso Patiño Rosselli †

RELATORES:

Doctores **Amelia Barrera de Gáfaro** - Sala Civil.
Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.
Helda Charry de Valencia - Sala Penal.
Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.
Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.
Miguel Antonio Roa Castelblanco - Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORAS SALA CIVIL	DRA. AMELIA BARRERA DE GAFARO DRA. CARMEN ROSA AVELLA DE CORTES
RELATORAS SALA PENAL	DRA. HELDA CHARRY DE VALENCIA DRA. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
RELATORA SALA LABORAL	DRA. ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DR. MIGUEL ANTONIO ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXXXI — Bogotá - Colombia — Enero á Diciembre de 1985 — Número 2420

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Declaración del 12 de noviembre de 1985

"La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia en su primera sesión plenaria celebrada después del holocausto que la enluta, aprueba la siguiente declaración:

1. *Deplora de la manera más profunda la muerte violenta de sus ilustres Magistrados Alfonso Reyes Echandía, su presidente; Fabio Calderón Botero, Manuel Gaona Cruz, José Eduardo Gnecco Correa, Fanny González Franco, Carlos Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano, Horacio Montoya Gil, Alfonso Patiño Rosselli, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria, ocurrida durante los dolorosos acontecimientos de los días seis y siete de noviembre del presente año, en el Palacio de Justicia, sede de la Corporación y del Consejo de Estado, hechos en los cuales también se sacrificaron meritorios servidores públicos y desvelados defensores de las instituciones patrias y perecieron otras inocentes víctimas.*

2. *Reprueba este irracional atentado contra instituciones que como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, solo han dedicado sus esfuerzos al bien de Colombia, para asegurar el respeto de la Constitución y de las leyes, garantizar el derecho de los asociados sin tomar partido ni opinión por las tendencias ideológicas que se disputan el poder y procurar la paz como*

supremo objetivo del derecho y el imperio de la justicia como factor fundamental de convivencia ciudadana.

3. *Rechaza con indignación que el Palacio de Justicia, asiento de las más altas corporaciones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, fiel instrumento del estado de derecho, foro insustituible de la supremacía de los valores esenciales de la civilización cristiana y centro de la solución racional y pacífica de los conflictos, haya sido campo en donde se desató la más ciega violencia.*

4. *Expresa a todos los familiares y allegados de los sacrificados, su voz de condolencia y aliento en estas horas de tribulación.*

5. *Agradece a todos los estamentos sociales, especialmente a los magistrados, jueces y personal de colaboradores, la solidaridad expresada en estos momentos de indefinible aflicción, y*

6. *Finalmente manifiesta que comprende las actitudes emocionales de algunos integrantes de la Rama Jurisdiccional, motivadas por la horrenda tragedia, e invita a todos a perseverar en el cumplimiento estricto del deber, como muestra de vitalidad y cohesión de la administración de justicia y como ejemplo de cordura y de temple de carácter necesario aporte de los colombianos al mantenimiento de sus instituciones republicanas".*

Bogotá, noviembre doce (12) de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Casa de Pombo, sede provisional de la Corte Suprema de Justicia.

Fernando Uribe Restrepo, Presidente; Luis Enrique Aldana Rozo, Vicepresidente; Hernando Baquero Borda, José Alejandro Bonivento Fernández, Manuel Enrique Daza Alvarez, Héctor Gómez Uribe, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Inés Galvis de Benavides, Secretaria.

ARTICULO 163 C.P.P. AUTO INTERLOCUTORIO

Esta providencia tiene fuerza de sentencia, una vez ejecutoriada pone fin al proceso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 2 de 22 de enero de 1985.

Bogotá, veintidós (22) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Consulta el Tribunal Superior de Neiva el auto de 24 de agosto de 1984, por el cual declara que no existe infracción penal alguna en la conducta del doctor Juan Bautista Cumbe Trujillo, Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe, y, por consecuencia y mediante aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal ordena para él la cesación de todo procedimiento.

En el mismo auto niega la cesación de procedimiento para el doctor Humberto Ortiz Tovar, Juez 4° Civil Municipal de Neiva y ordena proseguir, para él, la investigación.

En esta segunda instancia el Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa, que la Sala debe abstenerse pues por razón de la pena imponible a los delitos investigados, la providencia no está sujeta a consulta.

El denunciante, doctor Carlos Zuluaga, imputa a los dos jueces nombrados, actuaciones posiblemente constitutivas de actuaciones delictuosas en la prosecución de un juicio ejecutivo instaurado por el abogado Hamid Vega Pérez como endosatario de Jairo Alarcón Avila de 20 letras por un total de $1.000.000.00 a cargo de Eduardo Alarcón Cabrera. De la demanda conoció el Juzgado 4° Civil Municipal de Neiva, que libró mandamiento de pago y ordenó la práctica de medidas cautelares en auto de 15 de diciembre de 1982. Como dichas medidas versaban sobre el secuestro de semovientes que estaban en la finca denominada "Piedras Blancas" comisionó para su práctica al Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe. Por el día 16 del mismo mes y año citados se produjo la diligencia de secuestro.

Afirma el denunciante que el Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe rechazó la oposición que presentara Facundo Antonio Tapias a pesar de que demostró ser el

propietario de las reses secuestradas por haberlas comprado a Jorge Iván González. Agrega que concurrió al Juzgado 4° Civil Municipal de Neiva el 11 de enero de 1983 y se le dijo que no había sido devuelto el proceso por el comisionado. Luego presentó un memorial de reposición de las medidas cautelares adoptadas pero no hubo pronunciamiento alguno al paso que sí se resolvió un memorial del ejecutante que coadyuvó el ejecutado y se dio por terminado el asunto por pago del valor de las letras con el precio de los semovientes secuestrados que, según sostiene, pertenecían a su poderdante Facundo Antonio Tapias. Se ofició al secuestre para que hiciera entrega del ganado al demandante. Más tarde, el 14 de enero de 1983, el Juez 4° Civil Municipal de Neiva revocó la medida por la cual había terminado el proceso sin comunicar tal decisión al secuestre Alfonso Charry. Negó la reposición que contra dicha decisión se interpuso y concedió recurso de apelación. El Juzgado 3° Civil del Circuito de Neiva confirmó la providencia protestada.

En la providencia sujeta a consulta el Tribunal Superior de Neiva descarta la posibilidad de que el Juez Promiscuo Municipal de Neiva incurriera en un delito de abuso de autoridad o de prevaricato y considera que debe aplicarse para él el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. No sucede lo mismo con el Juez 4° Civil Municipal de Neiva para el cual se niega la aplicación de la norma en cita y se ordena proseguir la investigación en busca de mejores elementos de convicción acerca de su conducta.

La providencia que se dicta de acuerdo con las previsiones del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal es de carácter interlocutorio y tiene fuerza de sentencia pues una vez ejecutoriada pone fin al proceso. Contra dicha decisión proceden los recursos ordinarios de reposición y de apelación y porque así lo dispone el inciso segundo de la norma en cita, debe ser consultada a falta de apelación. Acontece, sin embargo, que por disposición del artículo 1° de la Ley 17 de 1975, que modificó el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, la providencia en mención sólo es consultable cuando se procede por un delito que tuviere señalada una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo exceda de cinco años. El delito de prevaricato en cualquiera de sus modalidades no tiene asignada una pena que exceda el máximo fijado por la ley (artículos 149, 150 y 151 del Código Penal) e igual cosa sucede con el delito de abuso de autoridad (artículo 152 y 153 del Código Penal). Por consecuencia, no debió consultarse la providencia que, con acomodo al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal dictó el Tribunal Superior de Neiva en el caso de autos y en relación con las sindicaciones que se le hicieron al Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe.

En relación con los cargos que le aparecen al Juez 4° Civil Municipal de Neiva la situación es distinta pero la conclusión es idéntica. *El auto que niega la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal es una providencia simplemente interlocutoria contra la cual proceden los recursos ordinarios pero no está sujeta al grado de consulta en ningún caso.* También por este segundo aspecto procede la abstención de la Sala.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal,

RESUELVE:

Por las razones consignadas en la parte motiva ABSTENERSE de revisar por consulta la providencia del Tribunal Superior de Neiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

VIOLACION INDIRECTA
PRUEBA INDICIARIA

Muy contadas son las ocasiones en que suele prosperar una impugnación de esta índole en la esfera comentada. Esto porque es costumbre exigir que el planteamiento obedezca casi a simples enunciados, de los cuales aparezca en forma fácil, huyendo de elaborados raciocinios, la diáfana inexistencia de la falta de relación entre la prueba tenida por indiciaria y el resultado acogido por el fallador.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 02 de enero 22 de 1985.

Bogotá, D.E., 22 de enero de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 22 de septiembre de 1983, impuso, por el delito de "falsedad en documentos", a Carlos Vicente Puentes Porras, tres años de prisión, y, a Carlos Alberto León Padua, dos años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

Ha recurrido en casación el apoderado de oficio de Puentes Porras.

Agotada la tramitación, se resuelve de fondo.

De los *Hechos,* se dice con el Tribunal:

"...En informe rendido ante el jefe del D.A.S. seccional Bogotá-Cundinamarca, la detective Martha Helena Casas pone en conocimiento que el día 29 de septiembre de 1980 se encontró con un amigo (Carlos Alberto León Padua) en la carrera 13 con calle 16 de esta ciudad, quien le comentó que venía del Juzgado 44 Penal Municipal, luego de quemar un expediente relacionado con un proceso que por lesiones personales, se le adelantaba, dice la informante que su amigo le relató que el secretario del juzgado, de apellido Fuentes, le había exigido la suma de cincuenta mil pesos ($50.000.00) a cambio de quemar el expediente, porque de lo contrario el proceso sería removido, pues la parte civil tenía interés en ello. Refiere

que su amigo y Puentes procedieron a incinerar el infolio, utilizando un balde metálico existente en el sanitario del juzgado, según lo relató aquél, quien procedió a guardar vestigios del incineramiento..." (fl. 9; cuad. 6°).

De la *actuación procesal y aspectos probatorios* se transcribe la opinión del Procurador 3° Delegado para lo Penal:

"El Juez 44 Penal Municipal de Bogotá, doctor Germán Carrillo Sánchez, enterado por la visita y averiguación adelantada por la Procuraduría 2ª Regional de Bogotá de la pérdida del expediente mencionado, habiéndose recibido en dicha oficina del Ministerio Público el informe de la empleada del D.A.S., formuló denuncia, abriéndose la investigación por el Juzgado 39 de Instrucción Criminal de esta ciudad, dentro de la cual se oyó en declaración a los empleados del Juzgado Municipal y a la informante mencionada, quien ratificó los cargos; también se agregó copia de las diligencias adelantadas por la Procuraduría Regional, dentro de la cual fue interrogada en declaración la referida informante, se efectuó inspección ocular al Juzgado encontrándose un balde que presentaba rastros de haberse incinerado papeles o elementos en su interior; se comprobó en el libro de presentaciones personales, que con letra del empleado Puentes Porras se anotó que se suspendían las presentaciones personales al procesado León; se oyó en declaración a la aseadora quien dijo haber encontrado el balde referido con residuos de papeles quemados; se interrogó a León quien aceptó su amistad con Puentes a raíz de la investigación por lesiones pero negó los hechos; se dejó constancia de que no pudo encontrarse el expediente mencionado y se oyó a otros empleados del juzgado, concluyendo la actuación con solicitud de averiguación penal por falsedad y de formulación de cargos en la vía disciplinaria.

"Recibida declaración de Marta Helena Casas, pasó el proceso al Juzgado del conocimiento, el cual dispuso varias diligencias, entre estas la indagatoria de Puentes Porras, quien negó los cargos en su contra aunque admitió haber hecho la anotación mencionada en el libro de presentaciones personales y su amistad con León Padua, dejándosele en libertad con presentaciones; en auto posterior el Juzgado de Instrucción dispuso su detención preventiva por existir indicios suficientes en su contra y se solicitó su suspensión, sin que decretada ésta pudiera hacerse efectiva su captura, negándose reposición contra dicha providencia y concediéndose apelación subsidiaria, al decidir la cual el Tribunal confirmó la providencia.

"Se practicó también careo entre León Padua y Marta Helena Casas, sosteniendo esta última sus afirmaciones frente a la negativa del primero; cerrada la investigación, a petición del Ministerio Público, se invalidó tal auto para ordenar oír en indagatoria a León Padua, quien negó su intervención en los hechos; agregadas copias del proceso de lesiones personales conforme a las cuales se concedió excarcelación a León Padua, se cerró nuevamente la investigación y se calificó, de acuerdo con la petición del Ministerio Público, con enjuiciamiento para Puentes Porras y León Padua por el delito de falsedad en calidad de coautores, se sobreseyó temporalmente al primero por falsedad ideológica en cuanto a las anotaciones en el libro de presentaciones del juzgado, se concedió libertad provisional al segundo y se dispuso reiterar la captura del primero. Emplazado y declarado reo ausente Puentes Porras y ejecutoriado el auto de proceder, corrió el término probatorio sin que se solicitaran

pruebas y se dispuso agregar investigación iniciada sobre los mismos hechos por el Juzgado 15 Superior con base en copias remitidas por la Procuraduría, de la investigación que adelantó; cumplida la audiencia, habiendo solicitado el Ministerio Público la condena de los procesados con condena condicional para León Padua y los defensores de la absolución de sus patrocinados, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, con las modificaciones anotadas, mediante el fallo que es objeto del recurso de casación".

La demanda

Se invoca la causal primera, aparte segundo, del artículo número 580 del Código de Procedimiento Penal, pues se entiende, por el casacionista, que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial al errar en la estimación de las pruebas.

Afírmase que "los hechos y circunstancias analizados, por el Tribunal, no constituyen en ningún momento la 'plena prueba', de carácter indiciario indispensable para apoyar en dichas conclusiones un fallo condenatorio". Al respecto comenta que León Padua negó que Puentes "hubiera destruido ningún proceso, ni mucho menos que le hubiera exigido ningún dinero para tal efecto", lo cual desvirtúa el testimonio de Martha Helena Casas. Además, la celadora del edificio en donde funcionaba la dependencia oficial, "asevera, jamás haber visto entrar al señor Puentes... en horas que no fueran de oficina, ni tampoco haberlo visto salir, en tiempo que no fuera de su trabajo". Solo reconoce la existencia de un indicio y se relaciona con "el balde o recipiente metálico, con ceniza en su interior", pero carece de valor porque lo que no se sabe es si allí se incineró un expediente.

Consideraciones de la Sala

No obstante que el censor invoca la técnica propia de la prueba indiciaria y se detiene a citar lo que la jurisprudencia, la doctrina y los textos legales indican al respecto, incurre en notoria impropiedad y desvío al criticar los elementos de convicción tenidos en cuenta en el fallo y destacar las conclusiones favorables a su posición dialéctica.

Debe anotarse, de entrada, que *la tesis predominante sobre esta clase de prueba es sostener la dificultad en que se suele estar para desechar el reconocimiento, que para condenar o absolver, haya hecho el Tribunal. Muy contadas son las ocasiones en que suele prosperar una impugnación de esta índole en la esfera comentada. Esto, porque es costumbre exigir que el planteamiento obedezca casi a simples enunciados, de los cuales aparezca en forma fácil, huyendo de elaborados raciocinios, la diáfana inexistencia de la falta de relación entre la prueba tenida por indiciaria y el resultado acogido por el fallador. Y, de otro lado, porque es común contraponer a la apreciación del Tribunal la personal y subjetiva estimación del impugnador.*

Como bien lo advierte la Delegada, no pocas de las reflexiones del casacionista aparecen ausentes del debido respaldo, tanto en el proceso como en la lógica que debe orientar el discurso. Es así como se destaca que la negativa aportada por el sentenciado León Padua no tiene el valor, que por sí, se le trata de otorgar en contra del testimonio de Marta Helena Casas. Bastaría anotar el interés del primero y el

desinterés de la segunda, la falta de comprobaciones en la tesis de aquél y los apoyos fácticos que la versión de ésta recibió, en fin, la credibilidad que espontáneamente brota en apoyo del dicho de la Casas y la duda y repudio que merece León Padua. También resulta de muy mermada significación el comentario de la aseadora, que en el sentido en que lo hace más parecería tener el oficio de celadora y, únicamente para la oficina en referencia, que la otra ocupación, pues bien pudo "no advertir la entrada y salida del acusado en horas fuera de oficina, siendo por otra parte normal que quienes trabajan en oficinas puedan hacerlo para cumplir labores extras, sin que ello resulte digno de anotarse".

El juzgador se encontró ante una prueba indiciaria grave, múltiple, concordante, convergente, seria y ajena a manipulaciones de personas interesadas en perjudicar a los procesados. Díganlo si no los siguientes factores, los cuales, por su sola mención e interpretación mancomunada, tienen que llevar la impresión a que condujeron, o sea, a establecer la responsabilidad de León Padua y Puentes Porras:

1. Lo que desencadenó el descrubrimiento de los hechos, en aspecto probatorio que tiene el valor de indicio, fue la confesión extraproceso que hizo León Padua a su amiga la detective Casas. No hay porqué dudar de esta realidad y por el contrario múltiples circunstancias influyen para deducción diversa, esto es, que aquél sí la enteró de tan decisiva revelación, la cual fue llevada a conocimiento de la autoridad en singular rasgo de cumplimiento del deber por parte de la aludida funcionaria;

2. Se vino, entonces, a reconocer un utensilio, precisamente el señalado por la confidencia, que daba señales claras de haber servido para incinerar papeles, lo cual no se acostumbraba en el juzgado ni se cumplió en esa época en forma alguna.

3. El expediente desapareció, pues nunca más se supo de él.

4. Se acreditó la amistad entre León Padua y Puentes Porras, nacida del contacto que tuvieron por obra del proceso desaparecido.

5. De puño y letra de Puentes Porras, cuando no estaba autorizado para hacerlo en el sentido en que lo hizo, eximió de los periódicos presentaciones a que estaba obligado León Padua, y

6. Desaparición como la comentada, en condiciones tales, debía contar con la colaboración de persona vinculada al Juzgado y con autorización y facilidades para permanecer allí y realizar una actividad como la que se deja analizada.

Todo esto, debidamente establecido, forma una urdimbre que, en forma expedita, tiene que conducir a deducción como consignada en el fallo recurrido. De otro lado, la censura, contra lo que rige al respecto, se individualiza en todo su proceso de análisis, sofocándose la visión de conjunto, fuera de no ser integral pues quedan sin adecuada réplica algunos factores indiciarios; y, por último, la alegación nunca podría establecer en forma nítida, que el error probatorio fue manifiesto u ostensible.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

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

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

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.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

AVALUO DE PERJUICIOS

No constituye error alguno, de ninguna naturaleza, la designación de peritos y la apreciación de sus dictámenes en materias o eventos en los cuales ese medio probatorio no resulta de obligatorio cumplimiento, como cuando, aún siendo posible la resolución del asunto por el propio juez o funcionario de instrucción, éste sin abandonar su facultad crítica, acude a la opinión de expertos en la materia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta número 02.

Bogotá, veinticuatro (24) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Contra la sentencia de 9 de noviembre de 1961, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó al procesado Abel Carrasco Amaya al pago de los perjuicios ocasionados por éste como autor responsable de la comisión del delito de abuso de confianza, determinados en la suma de setecientos cuarenta y siete mil ciento treinta pesos con catorce centavos ($747.130.14) mediante providencia de 19 de noviembre de 1981, interpuso oportunamente el recurso de casación la parte civil, que fue concedido y declarado admisible por la Corte como resultado de haber prosperado el de hecho contra la decisión de aquella Corporación que lo había negado y en sustentación del cual el impugnante presentó en tiempo la respectiva demanda, que fue estimada formalmente ajustada a los requisitos legales por la Sala.

En esta oportunidad, cumplidos los términos y trámites correspondientes, pasa la Corte a decidir.

RESULTANDO

I. Los hechos y la actuación procesal cumplida en relación con la condena al pago de perjuicios impuesta al procesado Carrasco Amaya son, en síntesis, los siguientes:

1. Alejandro Venegas Gil y Abel Carrasco Amaya constituyeron una sociedad para la explotación del negocio de lácteos, mediante el aporte que cada uno de ellos

hizo, con ese objeto, de los correspondientes vacunos y del usufructo de los predios rurales de su propiedad "Las Azucenas" y "Las Juntas", respectivamente, la firma inició actividades con capital de ciento noventa y siete mil pesos ($197.000.00) que aquéllos dijeron haber entregado por partes iguales a la sociedad y la administración de los bienes y de sus productos fue confiada a Carrasco con una remuneración correspondiente al cinco por ciento (5%) del valor de las utilidades, que debía ser mensualmente liquidada.

2. El administrador, pasados varios meses de correcto manejo de los bienes y utilidades sociales, se apropió en provecho propio, de los dineros que un cliente de la sociedad había entregado a ésta por concepto de la compra de leche y luego vendió, por su cuenta, ciento veinte (120) de las ciento cincuenta y nueve (159) reses que formaban el capital social.

3. Denunciado el socio-administrador por la comisión de tales hechos, fue finalmente condenado a dieciocho (18) meses de prisión mediante sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 9 de noviembre de 1961, que le declaró autor responsable del delito de abuso de confianza, con los agravantes previstos en los artículos números 32, 413 y 414 del Código Penal entonces vigente e igualmente condenado, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

4. Como la anterior sentencia del Tribunal quedó debidamente ejecutoriada, a causa de que habiendo sido recurrida por el procesado Carrasco, no fue casada por la Corte, la parte civil presentó la correspondiente liquidación de los perjuicios que la víctima había sufrido en concreto y tramitado el incidente y como resultado de éste, el juzgado del conocimiento, mediante providencia de 30 de abril de 1981, los fijó en la suma de quinientos setenta y cuatro mil novecientos noventa y un pesos con ochenta centavos ($574.991.80).

5. Apelada la decisión anterior, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en auto de 19 de noviembre del mismo año, con la modificación respecto a la cuantía de la indemnización, que elevó a la cantidad de setecientos cuarenta y siete mil ciento treinta pesos con catorce centavos ($747.130.14) como la suma total que debía pagar el condenado por los perjuicios materiales y morales causados a Venegas con el delito.

6. Esta determinación, que concreta la cuantía de los perjuicios a que fue condenado el procesado en la sentencia de 9 de noviembre de 1961, es la ahora recurrida en casación por la parte civil, conforme a la cual el monto total de los perjuicios materiales y morales, intereses, costas y costos fue discriminado así:

"...a) Daño emergente:

"...Valor de 120 vacas.....	$156.000.00
"...Valor leche vendida por Carrasco a Cestegalli.....	50.881.27
"...Total daño emergente	$206.881.27

"...b) Lucro cesante hasta 30 de junio de 1957:

"...Producción lechera vendible de 120 vacas.....	106.478.61
"...Aumento vegetativo de 120 vacas.....	18.300.00
"...Costo adicional secuestre	1.215.11
"...Total	$125.993.72
"...c) Total daño emergente y lucro cesante.....	332.874.99
"...d) Daños causados a Venegas hasta el 30 de junio de "...1957, equivalente a la mitad (con un error aritmético de "...$50.50)	166.386.99
"...e) Menos cantidad desechada por el juzgado en el auto de 30 de abril de 1981	607.55
"...Total.....	$165.779.44
"...f) Intereses de esta cantidad al 6% anual hasta la fecha del auto que decidió el incidente (19 de diciembre de 1980).....	235.595.64
"...g) Mayor valor honorarios secuestre hasta 30 de enero de 1977 (1/2)	243.755.06
"...h) Perjuicios morales	2.000.00
"...i) Valor costas	100.000.00
"...Total partidas e) a i)	$747.130.14"

II. La sentencia condenatoria, por este aspecto, ha sido impugnada con apoyo en la causal primera del artículo número 368 del Código de Procedimiento Civil, al amparo de la cual el recurrente formula tres cargos, el primero por violación directa, por interpretación errónea y falta de aplicación de normas sustanciales y los dos restantes, también con apoyo en la misma causal primera de casación, por violación indirecta, por falta de aplicación de, en general, las mismas normas, debida a errores de hecho en la apreciación de las pruebas, que el demandante precisa (cargo segundo) y por falta de aplicación y aplicación indebida de otras a causa de los manifiestos errores de hecho en que incurrió el fallador al apreciar el valor del dictamen rendido por los peritos Moreno y Angel, respecto de la cuantía de los perjuicios morales ocasionados a la víctima (tercero).

El recurrente plantea y, en lo sustancial, desarrolla los tres cargos en los siguientes términos:

CARGO PRIMERO

"...Acuso la mencionada providencia del Tribunal de haber infringido directamente, por interpretación errónea, los artículos números 1494, 1613, 1614, 2341 y 2343 del Código Civil; 831 del Código de Comercio; 103, 104 y 105 del Código Penal (Decreto número 100 de 1980); 24 del Código de Procedimiento Penal; 92 del Código Penal anterior (Ley 95 de 1936), vigente cuando se cometió el hecho delictuoso que generó la obligación de indemnizar a cargo de su autor; 8° de la Ley 153 de 1887 y 177 del Código de Procedimiento Civil. Y por falta de aplicación, los artículos números 1617 del Código Civil y 883 y 884 del C. de C. ...".

"...Desarrollo del cargo:

"...1. Dejóse visto, al relatar los antecedentes de este asunto, que por sentencia de 9 de noviembre de 1961, el Tribunal condenó a Abel Carrasco 'al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con el delito', y que adelantado el incidente para la liquidación de la condena *in genere*, el Tribunal lo decidió en providencia del 19 de diciembre de 1981, mediante la cual adicionó la del *a quo* en el sentido de fijar como monto de la indemnización por perjuicios materiales y morales que Abel Carrasco debe pagar a Alejandro Venegas Gil, la cantidad de $747.130.14...".

"...2. Viose, así mismo, que para fijar el monto de la indemnización por concepto de perjuicios materiales, aquél tomó en cuenta, en primer término, los causados de agosto de 1956 al 30 de junio de 1957, fecha de la disolución de la sociedad 'Carrasco & Venegas', y, en segundo lugar, los causados de esta fecha en adelante. El valor de los correspondientes al primer período, por lo que concierne a Venegas, lo fijaron tanto el Juzgado como el Tribunal en $165.779.44. Los del segundo los señaló el Tribunal en la cantidad de $479.350.70, discriminados así:

a) Intereses de $165.779.44, valor de los perjuicios materiales del primer período, a la rata del 6% anual hasta el 19 de diciembre de 1980, fecha del auto que decidió el incidente de liquidación de la condena *in genere*, $235.595.64, y

b) Mayor valor de los honorarios del secuestre del 1° de julio de 1957 al 30 de enero de 1977, $243.755.06...".

"...3. Uno de los motivos que tuvo mi mandante para apelar de las providencias del juzgado radica, fundamentalmente, en que la víctima del delito tiene derecho a que los perjuicios recibidos se le reparen en su totalidad, reparación que, por lo mismo, debe necesariamente cobijar los provenientes de la desvalorización de la moneda. Las razones que con innegable fundamento jurídico, doctrinal y jurisprudencial se adujeron ante el Tribunal, no fueron tenidas en cuenta por éste, pues en su fallo no hace la menor alusión a ellas, no obstante su trascendencia en la decisión que debía proferir...".

"...De consiguiente, el ataque que en este cargo formulo a la providencia recurrida se contrae al monto de los perjuicios materiales correspondientes al primer período, fijados en $165.779.44; al del mayor valor de los honorarios del secuestre del 1° de julio de 1957 al 30 de enero de 1977, señalados en $243.755.06, por no haber

tomado en cuenta el Tribunal la desvalorización monetaria para su fijación; y al monto de los intereses por haberlos liquidado sobre la primera suma, sin haberla reajustado...".

"...4. Para la formulación del cargo, parto de la base de que según el fallo del Tribunal, que acato en el punto, Carrasco adeudaba a Venegas el 30 de junio de 1957, por concepto de perjuicios materiales causados hasta esa fecha, la cantidad de $165.799.44; y el 30 de enero de 1977 la de $243.755.06, mayor valor de los honorarios del secuestre. Dichas sumas tenían en las fechas indicadas un poder adquisitivo que con el transcurso del tiempo se ha venido deteriorando. De consiguiente, si se le fuesen a entregar a Venegas el día de hoy sin tener en cuenta la desvalorización de la moneda, se le causaría un perjuicio adicional, como sería el de obligarlo a recibir *26 años más tarde*, en un caso, y *séis*, en el otro, un dinero que solo en mínima parte equivaldría al que en las fechas mencionadas ha debido entregársele...".

(fls. 113 a 114).

".....".

"...9. El artículo número 1494 del Código Civil al estatuir que las obligaciones nacen, entre otros casos, 'a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos'; el 1613 al establecer que 'la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante'; el 1614 al precisar que 'se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento'; el 2341 según el cual 'el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización'; y el 2343 a cuyas voces 'es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos', consagran de manera perentoria el principio de que todo daño que se cause por el hecho culposo o delictuoso de una persona, debe indemnizarse íntegramente. El mismo principio se halla consagrado en los artículos números 103, 104 y 105 del Código Penal y 24 del de Procedimiento Penal, hoy vigentes, y se consagraba en el artículo número 92 del anterior Código Penal...".

"...El Tribunal, al no ordenar el pago de las sumas de dinero que debía Carrasco el 30 de junio de 1957 y el 30 de enero de 1977, teniendo en cuenta el hecho notorio de la desvalorización de la moneda, cercenó el alcance de las normas sustanciales mencionadas, pues dejó por fuera de la indemnización de perjuicios lo atinente a la desvalorización monetaria, que constituye uno de los factores estructurales del daño emergente. No ordenó la reparación del daño causado por Carrasco en toda su extensión, puesto que el pago de las sumas de dinero mencionadas debe hacerse entregándole a la víctima una cantidad que equivalga, en cuanto a su poder adquisitivo, al que aquéllas tenían en las fechas indicadas...".

"...Esta aplicación que el Tribunal hizo de las normas precitadas, recortándoles su alcance, lo llevó a señalar en la cantidad de $165.799.44 el monto de los perjuicios materiales causados a Venegas hasta el 30 de junio de 1957, y en la de $243.755.06 el mayor valor de los honorarios del secuestre, quebrantándolas por interpretación errónea de las mismas...".

"...Quebrantó, así mismo, los artículos números 8° de la Ley 153 de 1887 y 831 del Código de Comercio. El primero de ellos dispone que 'cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y *las reglas generales de derecho*', entre las cuales se encuentra la que prohíbe el enriquecimiento injusto. Y el segundo elevó este principio a norma de derecho positivo, al estatuir que 'nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro'. De haberles dado el Tribunal a estos preceptos su verdadero alcance, habría ordenado la actualización del poder adquisitivo de las cantidades mencionadas que Carrasco debe restituir a Venegas, a fin de que no se produjera un enriquecimiento torticero a favor de aquél. E infringió el 177 del Código de Procedimiento Civil, al recortar su alcance en cuanto establece que los hechos notorios, como el de la desvalorización monetaria, no requiere prueba. Finalmente, infringió los artículos números 1617 del Código Civil y 883 y 884 del Código de Comercio, por no haberlos aplicado cabalmente, puesto que, en primer lugar, los intereses tenían que liquidarse sobre las sumas adeudadas por Carrasco, reajustadas de acuerdo con el monto de la desvalorización monetaria, y no sobre el valor que tenían en 30 de junio de 1957 y 30 de enero de 1977, como lo hizo el Tribunal; y en segundo, porque no estando especificado por convenio el interés, éste debe ser el bancario corriente, según el artículo número 884 del Código de Comercio. Intereses que se causan hasta el día de pago..." (fls. 116 a 116 vto.).

CARGO SEGUNDO

"...Con apoyo en la misma causal primera de casación, denuncio en éste, violación indirecta de los artículos números 1494, 1613, 1614, 2341 y 2343 del Código Civil; 831, 883, 884 del Código de Comercio; 103, 104 y 105 del Código Penal y 24 del de Procedimiento Penal; 92 del Código Penal anterior, vigente cuando se cometió el hecho delictuoso que generó la obligación a cargo de Carrasco de indemnizar los perjuicios causados a su socio; 8° de la Ley 153 de 1887 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por no haberlos aplicado al caso *sub-lite*, a causa de los errores de hecho en que incidió el Tribunal al apreciar los elementos de prueba que adelante puntualizó..." (fls. 117 a 117 vto.).

".....".

"...La decisión del Tribunal que señaló el monto de dicha indemnización para las fechas mencionadas, sin tener en cuenta la desvalorización de la moneda de ese entonces a hoy, obedeció fundamentalmente al manifiesto error de hecho consistente en no haber visto que tales cantidades no tienen en la actualidad el mismo poder adquisitivo que tenían en ese entonces, debido al fenómeno de la desvalorización, que por ser *un hecho notorio*, según la doctrina de la Corte, no requiere prueba al tenor del artículo número 177 del Código de Procedimiento Civil en no haber percatado que para lograr la reparación total del daño causado, era menester que Carrasco entregara a Venegas una suma de dinero que hoy día representara el poder adquisitivo que en las fechas indicadas tenían las cantidades de $156.779.44 y $243.755.06. Y en no haberse dado cuenta que estas cantidades, como bien lo nota la

Corte, apenas en mínima parte vendrían a reemplazar las sumas que Carrasco debía a su socio en junio de 1957 y enero de 1977. Tampoco se dio cuenta de que los intereses debían liquidarse sobre ambas cantidades, debidamente reajustadas, y no hasta el 19 de diciembre de 1980, sino hasta el día del pago...".

"...Es palmario que de no haber incurrido el sentenciador en tales yerros fácticos; de haber visto 'la indiscutible presencia, *con carácter de hecho notorio,* de la desvalorización monetaria', según palabras de la Corte, habría ordenado el pago de las cantidades antes mencionadas, debidamente actualizadas, dada la pérdida manifiesta del poder adquisitivo de la moneda, con sus intereses corrientes hasta la fecha del pago...".

"...5. A causa de los errores apuntados, el sentenciador quebrantó indirectamente, por no haberlos aplicado, los preceptos de derecho sustancial señalados en el encabezamiento del cargo, según los cuales la persona que ha cometido delito o culpa que ha inferido daño a otro, está obligada a repararlo íntegramente. Así como el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, en el cual la Corte ha fundado su doctrina del enriquecimiento injusto; el 831 del Código de Comercio, según el cual 'nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro'; y el 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyos términos el hecho notorio no requiere prueba. De haberlos aplicado cabalmente, habría ordenado el pago de las citadas cantidades de $165.779.44 y $243.756.06, teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda desde el 30 de junio de 1957 para la primera, y desde el 30 de enero de 1977, para la segunda, hasta el día del pago, desde luego que como lo ha dicho la Corte, es factor integrante del daño emergente. Cosa que no hizo. Infringió además, los artículos números 1617 del Código Civil y 883 y 884 del Código de Comercio, por no haberlos aplicado cabalmente, puesto que, en primer lugar, tenían que liquidarse sobre las sumas adeudadas por Carrasco, reajustadas de acuerdo con el monto de la desvalorización monetaria, y no sobre el valor que tenían en 30 de junio de 1957 y 30 de enero de 1977, como lo hizo el Tribunal; y en segundo, porque no estando especificado por convenio el interés, éste debe ser el bancario corriente, según el artículo número 884 del Código de Comercio...".

"...Con fundamento en el quebranto de tales preceptos, por no haberlos aplicado el Tribunal siendo pertinente, solicito comedidamente que la honorable Corte case la providencia recurrida, y, como juzgador de instancia, reforme la del Juzgado en el sentido de disponer que el pago de las cantidades mencionadas a Venegas ha de hacerlo Carrasco teniendo en cuenta la desvalorización monetaria de las mismas, desde las fechas antes mencionadas hasta el día en que lo verifique..." (fls. 118 a 119).

CARGO TERCERO

"...Con apoyo en la misma causal primera de casación, acuso la providencia impuganada de haber quebrantado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos números 1494, 1613, 1614, 2341 y 2343 del Código Civil; 103, 104, 105 y 106 del Código Penal y 24 del de Procedimiento Penal; y por aplicación indebida, el artículo número 95 del Código Penal anterior. Violaciones éstas que se produjeron a causa de los manifiestos errores de hecho en que cayó el Tribunal al apreciar el

dictamen de los peritos Moreno y Angel, en lo tocante con el monto de los perjuicios morales causados a mi mandante..." (fl. 119 vto.).

".....".

"...Es innegable que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al apreciar el dictamen de los peritos en cuanto avaluaron en $2.000.00 el daño moral causado a Venegas, pues de una parte, no vio que se trataba de un hecho que no podía demostrarse con prueba pericial, y de otra, no percató que esa estimación de los peritos carecía de fundamentación. De haberse dado cuenta el Tribunal que el avalúo en cuestión adolecía de esos dos defectos que por fuerza lo hacían ineficaz, no hubiera fijado, con base en él, el monto de los perjuicios morales sufridos por Venegas en $2.000.00. Al hacerlo, violó, a causa de tales errores, los preceptos de derecho sustancial señalados en el encabezamiento del cargo, inspirados todos ellos en el principio rector de que el daño debe ser reparado en toda su extensión, cualquiera que sea. Y los violó por no haberlos aplicado al caso litigado siendo pertinentes...".

"...Entre tales preceptos cabe destacar el del artículo número 106 del actual Código Penal, vigente cuando el Juzgado decidió, mediante el auto de 30 de abril de 1981, el recurso de reposición contra el primitivamente proferido, y cuando el Tribunal decidió el de apelación, el 19 de noviembre de 1981. Dispone ese precepto que si 'el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente en moneda nacional, de un mil gramos oro'...".

"...De haber aplicado esa disposición, en lugar de haberse ceñido al dictamen pericial, manifiestamente ineficaz en el punto, el Tribunal habría fijado prudencialmente el valor del daño moral causado a Venegas en suma equivalente a un mil gramos oro, teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones del ofendido y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido, en lugar de los $2.000.00 que señaló...".

"...Quebrantó, así mismo, por aplicación indebida, el artículo número 95 del Código Penal anterior que autorizaba al juez para señalar prudencialmente el monto de la indemnización por perjuicios morales hasta la cantidad de $2.000.00, puesto que cuando el Juzgado decidió el incidente de liquidación de la condena *in genere* por auto de 30 de abril de 1981, mediante el cual reformó el de 19 de diciembre de 1980, y cuando el Tribunal decidió la apelación intentada contra aquél, el 19 de noviembre de 1981, dicha disposición había sido derogada y reemplazada por el 106 del Código Penal vigente. Luego al fijar la cuantía de los perjuicios morales con base en una norma derogada, la aplicó indebidamente...".

"...Con fundamento en la violación de tales preceptos, solicito comedidamente a la honorable Corte que case la providencia recurrida, y, como juzgador de instancia, reforme la del Juzgado en el sentido de señalar como valor de la indemnización que corresponde a Venegas por razón del daño moral que se le causó, el equivalente en moneda nacional de un mil gramos oro. Como razones para el fallo

de reemplazo, aduzco las mismas razones que me permití exponer anteriormente en procura del quiebre de la providencia impugnada... " (fls. 120 vto. a 121 vto.).

En subsidio de los cargos primero y segundo de la demanda, el recurrente, con invocación de los artículos números 572 del Código de Procedimiento Penal y 375, inc. 3°, del de Procedimiento Civil, ha solicitado a la Corte que antes de proferir la sentencia de instancia:

"...Decrete la práctica de las pruebas que estime pertinentes para establecer el monto de la desvalorización monetaria sufrida por las cantidades a que se ha hecho referencia, y el de los intereses. Para tal efecto, ruego a la honorable Sala se sirva solicitar del Banco de la República un certificadó sobre el índice anual del costo de la vida a partir del 30 de junio de 1957, año por año, hasta la fecha. Y de la Superintendencia Bancaria un certificado sobre la tasa del interés corriente bancario desde esa fecha en adelante..." (fl. 117).

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en la contestación de la demanda, ha considerado que la sentencia recurrida debe ser casada por la Corte, particularmente por violación directa (cargo primero) y desestimar el último de ellos:

"...En verdad, *conforme al primer cargo,* el Tribunal Superior de Bogotá en su providencia del 19 de noviembre de 1981, aceptó el dictamen pericial con factores económicos que se remontan al año de 1957...".

"...Es cierto también, como se lee en el libelo de casación, que la desvalorización monetaria es un hecho notorio, evidente, que los tribunales de justicia han venido aceptando en guarda de los derechos de las partes. En el caso en estudio el condenado Carrasco Amaya está obligado a indemnizar los perjuicios causados con la infracción pero como hasta hoy no lo ha hecho, la liquidación deberá efectuarse con factores económicos actuales y no de 26 años atrás...".

"...El Ministerio Público comparte la tesis del actor de tratarse de infracción directa de normas de derecho sustantivo por interpretación errónea, pues las disposiciones que tuvo en cuenta la sentencia de segunda instancia sí son aplicables pero se les dio un alcance que no corresponde. La indemnización ha de ser completa y en su momento oportuno. Por tanto, como ya se ha logrado en la jurisdicción civil, también para la penal habrá de considerarse la desvalorización de la moneda para en definitiva hacer una estimación real de los perjuicios en la actualidad...".

"...*El segundo cargo* propuesto en el libelo de casación refuerza los planteamientos del primero. Se considera como un error de hecho manifiesto, no haber visto el juzgador de segunda instancia que las partidas que tuvo en cuenta para la liquidación de los perjuicios no correspondían a la realidad, es decir, que están desactualizadas por el fenómeno de la desvalorización...".

"...En verdad, la providencia del 19 de noviembre de 1981, que obra a folios números 406 y siguientes del cuaderno número 56 se refiere a partidas que tuvieron en cuenta los peritos por actos ocurridos hasta el año de 1957...".

"...De esta época a hoy aparece indudable que el poder adquisitivo del peso colombiano ha cambiado fundamentalmente y este factor debe considerarse para los fines de la indemnización de los perjuicios causados con el delito...".

"...A juicio de esta Procuraduría Delegada el demandante en casación plantea una vez más el fenómeno de la desvalorización de la moneda, pero considerado desde otro punto de vista...".

"...Y por último, el *tercer cargo* se hace consistir también en error de hecho manifiesto en los autos por haberse aceptado el dictamen de los peritos en cuanto atañe a la estimación de los perjuicios morales siendo así que tal elemento de convicción resultaba improcedente según el artículo número 95 del Código Penal de 1936, vigente para la época de los hechos...".

"...La Procuraduría Delegada opina que en realidad, conforme a la norma citada, incumbe al juez determinar la indemnización que corresponde al ofendido por el daño moral, '...hasta la suma de dos mil pesos'...".

"...Los peritos en este proceso determinaron esa suma pues declararon que no encontraban elementos de juicio en el expediente que les permitiera decidir en otra forma y así, '...de acuerdo con la ley y la práctica judicial' señalaron la suma de $2.000...".

"...La Procuraduría Delegada estima que no debe prosperar este cargo porque la norma legal vigente para la época de los hechos (artículo número 95 del Código Penal de 1936) señalaba como suma máxima de indemnización por los perjuicios morales $2.000...".

"...Aceptar la demanda en este tercer cargo sería tanto como aplicar una norma posterior a los hechos ya juzgados y en perjuicio del condenado Carrasco Amaya..." (fls. 145 a 147).

IV. El apoderado del condenado, por último, se ha opuesto a las pretensiones del recurrente y luego de solicitar a la Corte la práctica de algunas pruebas con fundamento en los artículos números 375 y 179 del Código de Procedimiento Civil, rechaza los cargos por "posible falta de técnica de la demanda", que es su solicitud principal, y porque, en todo caso, ellos no pueden prosperar.

En apoyo de su petición principal, sostiene el apoderado del procesado Carrasco Amaya:

"...Si leemos la demanda presentada por el señor doctor Cedial Angel, encontramos que al formular el cargo primero, acusa la sentencia por haber infringido directamente por interpretación errónea, los artículos números 1494, 1613, 1614, 2341 y 2343 del Código Civil; 381 del Código del Comercio; 103, 104 y 105 del Código Penal (Decreto número 100 de 1980); 24 del Código de Procedimiento Penal; 92 del Código Penal anterior (Ley 95 de 1936) vigente cuando se cometió el hecho delictuoso que generó la obligación de indemnizar a cargo de su autor; 8° de la Ley 153 de 1887 y 177 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación, los artículos números 1617 del Código Civil y 883 del Código de Comercio...".

"...Pero acontece que al formular *el cargo segundo,* con apoyo en la misma causal primera de casación demanda el fallo *por no haberlos aplicado al caso sub-lite a causa de los errores de hecho en que incidió el tribunal...*".

"...Llamo respetuosamente la atención de la honorable Corte, ya que no parece lógico el que se pueda alegar al mismo tiempo *una mala interpretación o interpretación errónea* (que implica aplicación), con una no aplicación por error de hecho; por esta falta de técnica, creo que debe rechazarse la demanda..." (fl. 150).

El mismo apoderado sostiene, para oponerse a los cargos de la demanda, que si bien la desvalorización monetaria es hecho notorio de la vida económica del país, "una cosa es probar, en nuestro caso, la desvalorización abstracta, general, el fenómeno macroeconómico que produce en la moneda el proceso inflacionario, cosa que puede reunir las características de hecho notorio que se prueba mediante ese simple conocimiento, sentimiento o padecimiento general o, en términos ajustados a derecho, que está relevado de la necesidad de probarse y otra, el efectivo y singular enriquecimiento que por razón del imcumplimiento haya logrado el deudor y la consecuencia correlativa del empobrecimiento también singular y concreto que tal incumplimiento haya causado al acreedor" (fl. 153).

En apoyo de la legalidad de la decisión impugnada, agrega el apoderado de Carrasco:

"...Si no se probó el perjuicio que la desvalorización pudo haber ocasionado al socio Venegas, actuó correctamente el Tribunal Superior de Bogotá al interpretar el artículo número 177 del Código de Procedimiento Civil...".

".....".

.... lo que ha de entenderse por daño emergente y lucro cesante y las personas obligadas al resarcimiento obligan al juez a acomodar las sumas debidas como indemnización y como prestación inicial, según la depreciación gradual entre el momento en que se generó la obligación y el momento de la sentencia....".

"...Del texto de los artículos mencionados y de la interpretación que de ellos ha hecho la Corte resulta que el resarcimiento a que está obligado el autor del daño extracontractual deberá comprender 'todo el daño causado y solo éste' y que el juzgador tiene la obligación de 'procurar a la víctima del hecho delictual o culposo una compensación equivalente al perjuicio pero de ninguna manera superior a éste' (Auto de la Sala de N.G., 27 de marzo de 1947, G.J. t. LXII, p. 243). Los perjuicios deben ser algo concreto, tanto más los perjuicios materiales, dijo la Corte en otra oportunidad (Auto de la Sala de N.G., 2 de febrero de 1948, G.J. t. LXIII, p. 916). Calcular el monto de la indemnización sobre el índice general y abstracto de la devaluación monetaria significa, incluir en la valoración perjuicios cuya existencia no está suficientemente probada ni a título de daño emergente ni a título de lucro cesante, porque no está probada su incidencia concreta en la relación particular que se encuentra *sub-indice*; según la fuente prioritaria de ingresos, diversa para cada género patrimonial, el riesgo inflacionario incide de manera variable y por ello no puede tomarse *a priori* y en forma precipitada como patrón para determinar el monto de la prestación y de la indemnización en las obligaciones indemnizatorias...".

"...Las mismas consideraciones nos sirven para afirmar que, contra lo afirmado por el recurrente, el Tribunal Superior de Bogotá no violó directamente los artículos 103, 104 y 105 del Código Penal vigente que se refieren a la responsabilidad civil derivada del hecho punible. Otras disposiciones del mismo Título VI, fijan el tope de la indemnización que puede fijar el juez a título de perjuicios morales o materiales en suma equivalente a un mil (artículo número 106) y cuatro mil (artículo número 107) gramos oro pero con el único fin de evitar el problema que se presentaba en el código anterior cuando el monto aludido se determinaba en una suma pecuniaria fija que iba resultando corta cuando surgían obligaciones en épocas cada vez más distantes del momento de la redacción de la ley; observamos, con particular cuidado, que esta tasación judicial fluctuante se autoriza en los casos en que la tasación exacta es imposible...".

"...Los argumentos anteriores nos sirven para afirmar, por último, que tampoco se interpretaron erradamente los artículos números 24 del Código de Procedimiento Penal y 92 de la Ley 95 de 1936...".

"...En este mismo cargo y con referencia a la misma causal se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por falta de aplicación de los artículos números 1617 del Código Civil y 883 y 884 del Código de Comercio...".

"...Los artículos números 883 y 884 del Código de Comercio pertenecen al Capítulo V, Título I del Libro Cuarto que se titula 'De los contratos y *obligaciones mercantiles*', el artículo 1617 del Código Civil establece que los intereses por la mora serán los convencionales cuando son superiores a los legales, en caso contrario se deberán los legales; esta última es la disposición que se aplica para toda clase de obligaciones a falta de regulación especializada en otra sede pues ya sabemos que el Código Civil es fuente principal cuando no existe norma especial para un aspecto concreto. Los artículos mencionados del Estatuto del Comercio se aplican como disposiciones especiales al ámbito circunscrito de las *obligaciones mercantiles*, así se deduce de su ubicación sistemática dentro del ordenamiento y de la redacción expresa del 884: '*Cuando en los negocios mercantiles* hayan de pagarse créditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente...'. Mal podía el fallador de instancia aplicar las disposiciones del Código de Comercio a las obligaciones civiles nacidas de la comisión de un delito que se enmarcan obviamente dentro de la responsabilidad civil extracontractual y no dentro de las obligaciones mercantiles..." (fls. 154 a 156).

Por último, comparte el apoderado de Carrasco las apreciaciones expuestas por el Ministerio Público para oponerse a la prosperidad del cargo tercero que, además, estima que debió fundarse en error de hecho y no de derecho como lo hace antitécnicamente la demanda.

CONSIDERANDO

Tres son las cuestiones que, a primera vista, suscitan la demanda y las contestaciones del Ministerio Público y del apoderado del procesado no recurrente Abel Carrasco Amaya, relacionada la una con las pruebas que éste y el casacionista han solicitado que decrete y que practique la Corte antes de decidir el recurso, unas para

subsanar omisiones en los factores considerados para la liquidación de los perjuicios y las otras tendientes a subordinar el fallo definitivo a cuestiones de prejudicialidad, fraude procesal o abuso de derecho; relativa la segunda al rechazo de la demanda por falta de técnica en la formulación de los cargos y concerniente, la última, a la prosperidad o desestimación de los motivos de impugnación.

I. La práctica de pruebas en sede de casación.

Se equivoca el recurrente al invocar el artículo número 572 del Código de Procedimiento Penal y tanto éste, como el apoderado del condenado Carrasco, al apoyarse en las disposiciones de los artículos números 375 y 179 del Procedimiento Civil para solicitar la práctica de pruebas en el trámite de la casación penal.

El artículo número 572 del Procedimiento Penal Colombiano no establece, en modo alguno, que el recurso de casación en materia penal sobre la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, ha de sujetarse a los términos y trámites señalados para su decisión en el Procedimiento Civil, con abandono de los que legalmente le son propios, sino, apenas, a precisar el monto de la cuantía del interés para recurrir y a señalar que en tal caso solo son procedentes las causales de casación establecidas en materia civil (artículo número 368 del Código correspondiente).

No establecen los artículos números 475 y 179 del Procedimiento Civil, tampoco, término alguno para la práctica de pruebas dentro del trámite del recurso de casación, pues el primero de ellos apenas sí autoriza a la Corte para decretarlas de oficio, si lo estima necesario, antes de dictar la sentencia de sustitución (para mejor proveer) y el segundo a circunscribir su aplicación a las instancias y sin extenderlo, por tanto, al trámite del recurso extraordinario, que ninguna otra disposición consagra.

De otra parte, numerosa, constante e inveterada doctrina de la Sala de Casación Penal sobre esta materia ha enseñado que en el trámite de este recurso extraordinario no hay término para la práctica de pruebas ni es posible, tampoco, considerar ninguna diferente de las existentes en el proceso o de las analizadas en las instancias, fundamentalmente porque la casación abre un juicio crítico sobre la sentencia recurrida, tal como fue proferida y de conformidad y dentro de los precisos límites de los cargos formulados contra ésta, que es su condición característica y la que más le distingue de los demás recursos y la que impide que pueda asimilarse a una tercera instancia, que el procedimiento penal no admite.

Ni siquiera el artículo número 579 del Código de Procedimiento Penal que establece la posibilidad de efectuar audiencia pública prestaría fundamento a la petición del recurrente, pues la norma precisa que su única finalidad es la de "aclarar puntos de hecho o de derecho" mediante el mecanismo de escuchar a las partes.

Son, por tanto, ostensiblemente improcedentes las anteriores peticiones del demandante y del apoderado del procesado no recurrente y, en consecuencia, sin acceder a ellas, la Sala proferirá la sentencia correspondiente.

II. Falta de técnica en la formulación de los dos primeros cargos contenidos en el escrito de demanda.

Aunque la Ley 22 de 1977, al sustituir el artículo número 572 del Código de Procedimiento Penal no reprodujo el inciso que la norma original traía, según el cual las causales aplicables en ese evento serían las de la casación en materia civil, ha de entenderse que ese mandato subsiste, pues el objetivo fundamental de la nueva ley, tal como se lee en su encabezamiento, fue el de modificar las cuantías para el señalamiento de la competencia. Y, efectivamente, a eso se limitó la disposición que se comenta al elevar el monto del interés para recurrir en casación de $50.000.00 a $150.000.00, olvidándose de aludir a lo que acaecería con el inciso, sin embargo de que no era el propósito del legislador modificarlo.

Igual cosa ocurrió con la Ley 2ª de 1984, la cual, en su artículo número 53, hizo una nueva elevación de ese quan-tum, *en este caso de $150.000.00 a $500.000.00, pasando también por alto lo dispuesto en el inciso del artículo original. Todo ello, por cuanto la intención, como claramente puede intuirse, era simplemente la de variar esas sumas de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda.*

Dos de las causales indicadas en los numerales 1 y 5 del artículo número 368 del Procedimiento Civil, contienen, de otra parte, motivos de impugnación análogos a los descritos en los ordinales 1° y 4° del 580 del Procedimiento Penal.

La particular semejanza de las causales primeras en ambos códigos, sobre todo, se pone de manifiesto con el simple cotejo de la redacción de ese motivo de impugnación:

"...Artículo número 580. Causales de casación. *En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:*

"...1. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea...".

"...Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos...".

".....".

"...Artículo número 368. Causales. *Son causales de casación:*

"...1. Ser la sentencia violatoria de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea...".

"...Si la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda, o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que el recurrente así lo alegue y demuestre que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso...".

Esto es, que el tratamiento que la casación penal debe dar al análisis y al estudio de la causal del numeral 1 del artículo número 368 del Procedimiento Civil aquí invocado por el demandante, ha de ser el mismo que la Sala Penal de la Corte ha venido dando a la causal del ordinal 1° del 580 del Código de la materia y, en suma, que habiendo precisado esta Sala los requisitos para la formulación de los cargos al amparo de ese motivo de impugnación, es a su propio criterio y a su doctrina a los que el recurrente ha de sujetarse y no, por supuesto a la jurisprudencia que sobre el mismo

tópico hayan desarrollado o pretendan estructurar otra u otras de las Salas de la Corporación.

Esta situación no debe ser desestimada por los abogados especializados, pues sin embargo, de que la ley remite a las del Procedimiento Civil las causales de casación que pueden invocarse y al amparo de las cuales resulta procedente la impugnación de las sentencias condenatorias proferidas en el Procedimiento Penal en materia de indemnización, ninguna disposición de ese código, ni del de Procedimiento Civil, imponía, ni impone en la actualidad, la subordinación de la casación penal al criterio y a la doctrina de la civil sobre los aspectos comunes regulados en ambos procedimientos, como éste relacionado con los requisitos a que cada una de las Salas ha venido condicionando la presentación técnica de los cargos en las correspondientes demandas, según lo sean en una u otra de ellas.

La demanda en este caso, si bien es cierto que se acomoda y respeta la doctrina de la casación civil sobre los requisitos que ésta ha venido exigiendo para la prosperidad de su estudio, quebranta ostensiblemente, sin embargo, la que en ese punto ha sido la más sólida, reiterada e inveterada jurisprudencia de la casación penal sobre la materia que, a diferencia de aquélla, ha considerado invariablemente que si bien es posible invocar varias causales de impugnación, en forma separada, unas como principales y como subsidiarias otra u otras, la remisión a dos motivos diferentes y opuestos con apoyo en sólo una de ellas —como la alegación simultánea propuesta en este caso contra unas mismas normas por violación directa e indirecta— constituye error insalvable de técnica en la formulación de la demanda, que obliga a la Corte a desestimar los cargos.

En apoyo de esa doctrina, que reitera una vez más, la Sala ha sostenido en infinidad de providencias la ineptitud de la demanda y desestimado los cargos de modo tan contradictorio sustentados, entre otras decisiones, en las siguientes, que al parecer, quizá no resulte superfluo recordar:

"...Como lo ha dicho la Corte, numerosísimas veces, es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley, —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se les atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación..." (Casación de 26 de junio de 1975, G. J., t. CLI, No. 2392, pág. 248).

"....."

"...Resulta manifiesta la improcedencia de los cargos formulados. Traducen éstos, en su presentación, un mayúsculo yerro de técnica, que no puede superarse en

forma alguna. En efecto, no es posible invocar simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley, involucrando los dos cuerpos de la causal 1ª del artículo número 580 del Código de Procedimiento Penal. En la primera la controversia adquiere una definida característica de debate jurídico sobre una determinada norma sin cuestionar en lo más mínimo los aspectos fácticos o probatorios. Estos, para el censor, deben ofrecerse como incuestionables y admitidos en el contenido y alcance que les ha reconocido el Tribunal. Se trata, simplemente, de observar cómo una disposición legal ha sido excluida, o se aplica a hecho que no le corresponde o se exagera o recorta en su verdadero alcance. La segunda, por el contrario, centra su estudio sobre los elementos de convicción considerados en el fallo para deducir una aducción ilegal de la prueba, o el otorgamiento de un valor del cual carece o el rechazo de un mérito que le es propio (error ostensible de derecho), o porque se ignora u omite una prueba existente o se reconoce una que carece de realidad (error ostensible de hecho)...".

"...Pero como se ha consignado, el recurrente acudió coetáneamente a dos remedios inconciliables, sin poderse llegar a una conclusión cierta respecto de si acepta o no los presupuestos probatorios estimados por el juzgador..." (Casación, 24 de julio de 1980).

"....".

"...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 o 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..." (Casación, 24 de marzo de 1983).

No prosperan en consecuencia, por falta de técnica en la presentación de la demanda, los dos primeros cargos materia de la impugnación.

III. Inatendibilidad del cargo tercero.

No prospera este cargo, tampoco, pues *los argumentos en los que se apoya el recurrente para impugnar la tasación de los perjuicios morales ocasionados a la víctima resultan francamente inadmisibles.*

Si bien es cierto, en efecto, que la prueba pericial sólo es obligatoria procesalmente en los eventos a los que se refiere el artículo número 265 del Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos y cuando haya que traducir documentos y practicarse cotejo de letras, no es menos cierto, tampoco, que no constituye error alguno, de ninguna naturaleza, la designación de peritos y la apreciación de sus dictámenes en materias o eventos en los cuales ese medio probatorio no resultaba de obligatorio cumplimiento, como cuando, aún siendo posible la resolución del asunto por el propio juez o funcionario de instrucción, éste, sin abandonar su facultad crítica, acude a la opinión de expertos en la materia.

En el evento de la determinación del monto de los perjuicios morales mediante peritos, siendo que éstos se hallaban señalados en la ley, la prueba pericial sobre este aspecto resulta ciertamente superflua o innecesaria, pero no por ello violatoria de la ley sustancial, ni directa ni indirectamente.

Las mismas consideraciones anteriores sirven para desechar el cargo conforme al cual el peritazgo carecía de la debida fundamentación, pues estando precisada inequívocamente la cuantía de los perjuicios en la ley, a falta de otras consideraciones, bastaba que los peritos se remitieran a ella para determinarla.

Resulta igualmente inatendible, finalmente, la crítica que en la demanda se formula al Tribunal, por falta de aplicación del artículo número 106 del Código Penal actualmente vigente, pues, como ya lo ha advertido el señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, tal disposición no existía para la fecha de la comisión del delito y no siendo la norma invocada más favorable al procesado no podía ser aplicada retroactivamente.

No prospera, por lo visto, este último cargo y, por consiguiente, tampoco, la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y parcialmente de acuerdo con el criterio del señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de 9 de noviembre de 1961, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó al procesado Abel Carrasco Amaya al pago de los perjuicios ocasionados por éste como autor responsable de la comisión del delito de abuso de confianza, que fueron determinados en la suma de ($747.130.14), mediante providencia de 19 de noviembre de 1981 proferida por la misma Corporación.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Eduardo Umaña Luna (conjuez), *Manuel Guillermo Silva* (conjuez).

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

25 de enero de 1985 al despacho del señor Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía, para Salvamento de Voto.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO

Por no estar de acuerdo con la decisión mayoritaria que adoptó la Sala, me veo precisado a salvar mi voto y fundamentar mi disidencia de la siguiente manera:

En relación con el 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 aquel 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. Solo 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 número 351 del Código de Procedimiento Civil, numeral 5°, 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 número 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 al 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

INEXISTENCIA DE ACTO PROCESAL

Solo procede cuando la ley exija "expresamente" para su validez, que se llenen ciertas formalidades.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Abogado asistente: doctor *Alberto Mora Cogollos.*

Aprobado: Acta número 6 de enero 31 de 1985.

Bogotá, D.E., febrero 1° de 1985.

VISTOS

Por vía de apelación interpuesta por el doctor Humberto Alzate Toro, conoce la Corte de la providencia de 28 de noviembre de 1983, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira dictó en su favor *sobreseimiento temporal* por los cargos de falsedad en documentos públicos que le fueron atribuidos cuando ejerció el cargo de Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita de la Sala la confirmación del sobreseimiento recurrido por no existir ninguna de las nulidades propuestas por el recurrente y por no hallarse presente ninguno de los presupuestos del artículo número 491 del Código de Procedimiento Penal para reformarlo por uno de carácter definitivo. Agrega que, la comisión impartida al inspector de policía del Bosque La Laguna, debe ser revocado con el fin de que la diligencia de inspección judicial ordenada en el literal c) del numeral segundo de la parte resolutiva del auto apelado, sea practicada por un juez de instrucción criminal.

HECHOS Y ACTÚACIÓN PROCESAL

Esta Sala en providencia de 14 de junio de 1983, los sintetizó de la siguiente manera:

"La presente investigación tuvo origen en la acusación de carácter disciplinario formulada contra el abogado César Pineda Gutiérrez, por Heliodoro Pinillo. Manifes-

tó en ella que dicho abogado apoderando a Baudilio Muñoz quien era administrador de una finca del denunciante. No obstante, con posterioridad apoderó a la esposa de su poderdante y con base en dos letras cada una por la suma de $90.000.00, inició un proceso ejecutivo contra su propio cliente, señor Baudilio Muñoz. Esas letras fueron elaboradas el 30 de enero para ser pagaderas el 31 y la otra el 24 de enero para ser cubierta el 27 de enero, ambas del año de 1982".

"Tales letras que el denunciante estima falsas y producto de la mala fe del profesional del derecho, dieron lugar a un juicio ejecutivo que se tramita en el juzgado Segundo Civil Municipal de Pereira. Dentro de ese proceso se simuló la práctica de una diligencia de embargo y secuestro, según el denunciante, en la cual intervino el juez denunciado, su secretario, el secuestre y el abogado del actor, con el fin de embargar bienes que no pertenecían a Muñoz, sino a Heliodoro Pinillo" (fls. 92 y 93).

Sometidas a reparto las copias del procèso disciplinario contra el abogado César Pineda Gutiérrez, por auto de 26 de agosto de 1982, se abrió la correspondiente investigación penal contra el Juez 2° Civil Municipal de Pereira, doctor Humberto Alzate Toro, dentro de la cual se acreditó la calidad de éste como juez de ese Distrito Judicial y se practicaron algunas diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación.

Por auto de 25 de octubre el Magistrado sustanciador dispuso el cierre de investigación. Comoquiera que aún no se había vinculado legalmente al acusado, el Fiscal del Tribunal advirtió esta irregularidad y se abstuvo de emitir concepto de fondo sobre el mérito del sumario.

Por auto de 16 de noviembre siguiente se dispuso oír el concepto del Ministerio Público sobre la viabilidad de aplicar el artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal y obtenido en forma favorable, la Sala de Decisión por auto de 3 de febrero de 1983, ordenó cesar el procedimiento por inexistencia de delito y dispuso su consulta.

Esta Sala en providencia de 14 de junio siguiente, previo concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal en el sentido de solicitar la revocatoria de la providencia citada, ordenó seguir la investigación adelantada contra el funcionario acusado por cuanto no encontró la prueba plena de que el hecho imputado no ha tenido existencia y, por el contrario, existían dudas sobre la correcta tramitación del juicio ejecutivo adelantado en el juzgado a cargo del acusado.

Regresadas las diligencias al Tribunal de origen, se oyó en indagatoria al acusado y se aportó copia íntegra del juicio ejecutivo de menor cuantía de Berenice Martínez contra Baudilio Muñoz que cursó en el juzgado a cargo del doctor Humberto Alzate Toro y que dio lugar a esta investigación de carácter penal.

Por auto de 19 de septiembre de 1983 el Tribunal declaró cerrada la investigación y por auto de 28 de noviembre siguiente se favoreció al funcionario con un sobreseimiento de carácter temporal. El procesado propuso incidente de nulidad y reposición de la providencia citada como recurso principal y el de apelación como subsidiario.

Negado el incidente de nulidad y el recurso de reposición, le fue concedido el de apelación para ante esta Corporación. Dentro del término de fijación en lista el acusado presentó su alegato de sustentación del recurso y hace énfasis en que la Sala debe decretar la nulidad del proceso; o mantener la decisión recurrida con indicación de las pruebas a practicar, pues un sobreseimiento de carácter definitivo "...sería convalidar en el campo de la justicia los procedimientos que se lleven por fuera de la ley, como aquí ha ocurrido. Y aun cuando tal decisión aparentemente me favorecería, me parece que sería un perdón para quienes sí han infringido la ley y han aprovechado de la facultad de administrar justicia para abusar en su nombre..." (fl. 52 Cdno. Corte).

Finalmente el señor apoderado del procesado en escrito presentado fuera de término, solicita de la Sala la revocatoria de la providencia recurrida por su mandante para en su lugar ordenar la cesación de procedimiento y ordenar el archivo del proceso por considerar que la conducta del funcionario es totalmente atípica.

SE CONSIDERA

Comoquiera que el procesado plantea la nulidad del proceso por vicios en su tramitación, la Sala procede al estudio de los planteamientos expuestos por el recurrente, porque de prosperar alguno de ellos haría improcedente la revisión de la providencia que calificó el mérito del sumario en estas diligencias.

1° Considera el acusado que el proceso es nulo, por violación del artículo número 26 de la Carta, porque el Tribunal Superior de Pereira dictó auto de cesación de procedimiento en su favor, sin haber iniciado la correspondiente investigación, siendo lo jurídico haber dado aplicación al artículo número 320 del Código de Procedimiento Penal.

La anterior afirmación es completamente equivocada por cuanto el Tribunal Superior de Pereira en su oportunidad, y en busca de subsanar un error que advirtiera el Ministerio Público, dispuso la cesación de procedimiento en estas diligencias por considerar que el hecho imputado al funcionario no había existido.

En efecto. El Magistrado sustanciador una vez le fueron repartidas las copias tomadas del proceso disciplinario contra el abogado doctor César Pineda Gutiérrez, por auto de 26 de agosto de 1982, dispuso la apertura de la correspondiente investigación penal para lo cual ordenó la práctica de varias diligencias con el fin de perfeccionar la investigación, entre ellas, el acreditar la calidad de Juez 2° Civil Municipal de Pereira que por la época de los hechos ostentaba el acusado. Así mismo, en el numeral 7° del referido auto consignó:

"Si se dieren las pruebas previstas en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal se recibirá indagatoria al juez inculpado, señor doctor Humberto Alzate Toro y se evacuarán todas las citas que haga en la indagatoria y las pruebas que solicite en la misma" (fl. 37 Cdno. No. 1).

Acreditada la calidad de Juez de la República del acusado y practicadas algunas pruebas de las ordenadas por el Magistrado sustanciador, por auto de 25 de octubre de 1982, se declaró cerrada la investigación sin haberse oído en indagatoria al procesado así como tampoco habérsele emplazado, esto es, sin vinculación legal al proceso.

Advertida la irregularidad por el agente del Ministerio Público, el Tribunal por auto de 16 de noviembre siguiente, la admitió y dispuso correr traslado del proceso al Fiscal 2° de la Corporación con el fin de obtener su concepto sobre posible aplicación al artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal.

Previo concepto favorable del fiscal, el Tribunal Superior de Pereira en providencia de 3 de febrero siguiente, por considerar que el hecho denunciado no había tenido ocurrencia, ordenó la cesación de procedimiento en favor del doctor Alzate Toro y dispuso la consulta correspondiente (fls. 78 a 81).

Como puede apreciarse, el Tribunal de instancia no dio aplicación al artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal sin que se hubiese abierto previamente la investigación. Una vez dictado el auto de 26 de agosto de 1982, que declaró iniciada ésta, el auto inhibitorio a que se refiere el procesado era improcedente. Lo jurídico era, como lo hizo el Tribunal, el pronunciarse sobre la aplicación del artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal una vez oído el concepto del Ministerio Público, no importa que no se hubiese vinculado al doctor Alzate Toro mediante indagatoria, por cuanto dicha norma puede ser aplicada en cualquier estado del proceso cuando aparezca plenamente probado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse.

Si bien es cierto que el Tribunal creyó, aunque equivocadamente, que se hallaba presente una de las causales que consagra la norma citada para su aplicación, no por ello incurrió en nulidad de rango constitucional ni legal. El proceso fue iniciado en su debida oportunidad por quien tenía competencia para hacerlo y posteriormente se dictó la única providencia posible de acuerdo con el estado procesal, porque para dictar una decisión como la de cesación de procedimiento, se repite, no es requisito previo la vinculación del acusado al proceso, sino la plena prueba que predique inequívocamente la innecesaria continuación de la investigación penal por una cualquiera de las causas contempladas en la respectiva disposición. Pero si existe duda sobre su viabilidad por cuanto la prueba recaudada es insuficiente o existe cierto grado de culpabilidad en el acusado, debe vincularse previamente a éste y resolver su situación jurídica mediante calificación del mérito del sumario bien sea con llamamiento a juicio, sobreseimiento temporal o uno de carácter definitivo.

2° Existe para el acusado inexistencia del proceso por cuanto la decisión que revocó la aplicación del artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal en su favor, no cumple los requisitos de forma que obliga a toda Corporación, cual es la de suscribir, por todos sus miembros, las decisiones que se tomen dentro del mismo.

Esta inexistencia la predica de la providencia de esta Sala de fecha 14 de junio de 1983, por cuanto no fue suscrita por uno de los magistrados que integra la Sala.

La Corte ha sostenido reiteradamente que la inexistencia de un acto sólo procede cuando la ley exija "expresamente" para su validez, que se llenen ciertas formalidades, como lo señala la norma invocada por el acusado.

En sentencia de casación de 14 de febrero de 1984, dijo la Corte:

"Una sentencia es inexistente cuando se observa en ella contradicción lógica entre los mismos presupuestos jurídicos sentados en los considerandos y la conclusión a que se llega en la parte resolutiva de la misma, o cuando la norma sanciona con invalidez el acto cuya realización no haya estado revestida de ciertas formalidades como por ejemplo, la inspección judicial no decretada por auto previo como lo manda el artículo número 224 del Código de Procedimiento Penal; el testimonio, artículo número 247 ibídem; *el dictamen pericial, artículo número 270* ibídem, *ya que 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 con meridiana claridad que la sanción de inexistencia de un acto sólo procede cuando la ley exija expresamente para su validez, que se llenen ciertas formalidades, como lo señala el artículo número 214 del mismo estatuto".

En resumen, el quebrantamiento aparente de los requisitos del artículo número 171 del estatuto procedimental para proferir sentencia en materia criminal, no se halla sancionada con invalidez como expresamente se contempla en las disposiciones anteriormente citadas, razón por la cual, ha de interpretarse como norma explicativa de formación de la misma, con el objeto de que los aspectos sustanciales sean todos ellos analizados en debida forma y en una secuencia lógica que haga lo más inteligible el fallo. El hecho de que no se dé estricto cumplimiento a los aspectos formales de la citada norma, no quiere decir que acarree la invalidación de la decisión judicial a la que le sirve de marco, mucho menos puede predicarse la inexistencia de un auto interlocutorio cuyas formalidades son menos exigentes. Por lo demás, lo que se exige en este caso, es que las decisiones de toda Corporación judicial, vaya suscrita por sus miembros cuando concurren a su discusión y aquellos que no la compartan manifestar sus motivos por medio de Salvamento de Voto (Decreto número 1265 de 1970, artículo número 11).

En el caso concreto, si una providencia emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte se halla suscrita por cinco (5) de sus miembros, tiene pleno valor procesal por ser éste el número mínimo que la ley prevé como mayoritario para tomar una decisión. Si el magistrado ausente no suscribió la decisión adoptada, ello se debió a su delicado estado de salud que le impidió no solamente asistir a la Sala realizada el 14 de junio de 1983, sino a otras tantas por hallarse debidamente incapacitado.

En suma, ninguna nulidad legal ni de rango constitucional se ha presentado en este proceso, razón por la cual la Sala entra a revisar la providencia recurrida.

3° Consideró el Tribunal de instancia que en el proceso no existe mérito para llamar a responder en juicio criminal ni sobreseer definitivamente al acusado, razón por la cual dictó uno de carácter temporal para que dentro de la reapertura de la investigación se practicaran importantes diligencias con el fin de aclarar la situación del funcionario.

La acusación central en este proceso es que el doctor Alzate Toro, en su condición de Juez 2° Civil Municipal de Pereira, hizo aparecer en un juicio ejecutivo que cursaba en su despacho, la realización de una diligencia de embargo y secuestro

que no tuvo lugar en la fecha y hora determinada previamente por el funcionario, ni en el lugar correspondiente.

La Sala en oportunidad pasada advirtió que "...de las diligencias que han llegado a la Corte aparece la bien fundada probabilidad de que algo anómalo ha ocurrido en la tramitación del juicio ejecutivo. En efecto, no solo es sospechoso que un abogado se convierta en contraparte de su propio cliente, para demandar a la espera de éste y que inicie una ejecución con títulos cuyo origen puede resultar bastante discutible, sino que, además las circunstancias en que fue practicada la diligencia de embargo y secuestro preventivos, no están aclarados del todo".

"En efecto, la diligencia se realizó un sábado en las primeras horas de la noche, se redactó sobre un papel cuyo origen no se ha explicado satisfactoriamente y sin que hubiera podido ser presenciada por dos abogados que tenían interés en ella y que prácticamente estaban en el propio lugar en donde debía realizarse. Además, si tal diligencia se hubiera practicado formalmente, no existía razón alguna para no informar sobre lo ocurrido a los dos profesionales que allí acudieron".

En diligencia de indagatoria del acusado, puede apreciarse cómo trata de aparecer como víctima de los funcionarios que ordenaron las distintas investigaciones, con motivo del curso del proceso ejecutivo de menor cuantía de Berenice Martínez contra Baudillo Muñoz. Da cuenta que la diligencia fue practicada directamente por él en el sitio "La Esperanza" en jurisdicción de Pereira, pero para llegar a ese preciso sitio, ha de pasarse por el municipio de Dosquebradas, luego a Santa Rosa de Cabal, entrar al Departamento de Caldas cruzando los municipios de Chinchiná y Manizales para seguir hacia el Tolima y entrar al Páramo del Ruiz para luego volver al municipio de Santa Rosa, pasar por la Laguna del Otún y volver nuevamente al municipio de Pereira. Esta la razón para haber salido muy temprano de la ciudad de Pereira y luego de un viaje por carretera y a caballo llegar a la finca cerca a las cinco de la tarde, procediendo inmediatamente al reconocimiento de los animales secuestrados y al conteo de la papa que se hallaba en el lugar. Que él inició la diligencia en hojas del juzgado y que luego de pasar por un terreno de difícil acceso, pudo notar que las hojas se habían perdido por lo que tuvo que solicitar a unos Guardabosques le suministraran unas hojas en limpio. Que por causa del frío reinante, la diligencia se escribió por el secretario en la cocina de la casa donde existía una banca para poder escribir y que, una vez cerrada y suscrita por quienes intervinieron, el abogado César Pineda Gutiérrez abandonó el lugar. Que posteriormente el abogado de la contraparte se hizo presente en el lugar en compañía del inspector de policía de El Bosque - La Laguna, de otro abogado y de dos agentes al parecer del F-2, quienes reclamaron airadamente la forma como el juzgado había realizado la diligencia de embargo y secuestro, tildándola de falsa en su contenido. Agrega que tal circunstancia no pudo ser dejada a manera de constancia por cuanto la diligencia ya se había cerrado (fls. 102 y ss.).

Por su parte el secretario del juzgado ratifica en parte la declaración del funcionario, pero difiere en el hecho de haberse perdido las hojas que el acusado llevaba con el fin de realizar la diligencia. El testigo asevera que las hojas de papel se cayeron al suelo y que como quiera que estaba lloviendo en ese momento, tanto el expediente como el papel sufrieron deterioro hasta el punto de que las hojas no

podían ser utilizadas, lo que obligó al funcionario a solicitar el suministro de las que en definitiva fueron llenadas a mano por parte del secretario.

Llama poderosamente la atención el hecho de que el funcionario, quien predica absoluto celo en el cumplimiento de sus deberes, no haya previsto para la realización de la diligencia el llevar consigo una máquina de escribir como es lo usual para esta clase de diligencias. En su injurada nada dice al respecto, limitándose a predicar que la diligencia podía ser realizada tanto a máquina como a mano y que si se hizo en la forma últimamente señalada, en nada demeritaba su valor probatorio y que, por lo demás, las partes dentro del término que la ley les otorga, tampoco promovieron incidente alguno de tacha de falsedad.

Como bien lo anota el Tribunal de Instancia, los Guardabosques William Parra Méndez y Marco Tulio Taborda, quienes declararon ante el Magistrado sustanciador dan cuenta que uno de los señores de la diligencia les solicitó unas hojas de papel y que el segundo les suministró un cuaderno como el que usan los niños de la escuela y que luego de tomar algunas de ellas, le devolvió el resto.

Los mismos declarantes aseguran que en el sitio de las cabañas, donde ellos prestaban su servicio de vigilantes, termina la carretera y que para llegar a la finca donde debía practicarse la diligencia, a caballo se gastan entre hora y veinte minutos y hora y media. Taborda da cuenta que el tiempo era "bonito" esto es, no estaba lloviendo y, si ello es así, no se entiende cómo solicitaron papel a los Guardabosques, antes de tomar el camino que los conducía a la finca, cuando según el dicho del funcionario las hojas llevadas por él, se le extraviaron en el camino. Lógicamente que tuvo que ser después de haber dejado el vehículo que los condujo hasta las cabañas y cuando se dirigían a caballo a la finca "La Esperanza". Y si, como lo manifiesta el secretario del juzgado, las hojas cayeron al piso y por estar lloviendo se deterioraron en grado tal de no poder ser utilizadas, ello debió ocurrir cuando se encontraban en camino a la finca, más no cuando viajaban en el campero.

Ello quiere decir que si el funcionario notó la pérdida de las hojas o si como lo dice el secretario ellas cayeron en sitio lluvioso, debió ocurrir tiempo después de haber tomado rumbo a la finca mencionada y, como es obvio, debieron regresar al sitio de las cabañas en solicitud de papel en cuyo caso todos los miembros de la diligencia y los dos Guardabosques hubiesen dicho algo al respecto.

Siendo así que los Guardabosques aseguran que el papel suministrado fue de los que se usan en las escuelas, esto es, papel rayado, debe clarificarse el porqué la diligencia fue realizada en papel con membrete de "Empresas Públicas de Pereira", distinto de aquel que fuera suministrado por los Guardabosques William Parra y Marco Tulio Taborda.

Estas y otras contradicciones entre los testigos son suficientes para predicar que en este proceso no se halla presente la plena prueba para llamar a juicio al procesado ni para favorecerle con sobreseimiento definitivo, razón por la cual el auto recurrido merece confirmación para que en la nueva etapa se practiquen aquellas diligencias que ordenó el Tribunal de instancia.

Tiene razón el Ministerio Público cuando solicita de la Sala revocar la comisión otorgada por el Tribunal Superior de Pereira, para que el inspector de policía de El

Bosque - La Laguna, practique inspección judicial en el sitio "La Esperanza". Fue este el funcionario que acompañó al señor apoderado de la parte demandada en el juicio ejecutivo tantas veces citado, lo cual resulta a todas luces improcedente por cuanto dicha diligencia es de vital importancia dentro de la nueva etapa instructiva, la cual debe ser encomendada a funcionario distinto de aquél de quien se predica tener amistad con una de las partes.

Finalmente, como el señor apoderado del acusado en escrito presentado ante esta Sala solicita la revocatoria de la providencia impugnada y en su lugar se dé aplicación al artículo número 163 del Código de Procedimiento Penal por ser atípica la conducta imputada a su representado y ser inútiles las pruebas ordenadas e inútiles por existir suficiente ilustración en el proceso, cabe decir al distinguido profesional que dicha norma no puede ser aplicada en el actual momento procesal por cuanto ninguno de los presupuestos previstos en la norma aparece debidamente comprobado en el proceso. Ello se desprende de la necesidad de continuar la investigación en la forma como quedó consignado en la parte considerativa de esta providencia que por lo demás, se halla acorde con el concepto del Ministerio Público en esta instancia.

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 con él,

RESUELVE:

1° NEGAR la nulidad propuesta por el acusado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2° CONFIRMAR la providencia materia del recurso proferida por el Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual se sobreseyó temporalmente al doctor Humberto Alzate Toro, por el delito de falsedad en documentos que le ha sido imputado en este proceso con motivo de actuaciones suyas cuando ejerció el cargo de Juez 2° Civil Municipal de la misma ciudad, pero con la modificación a que se hizo referencia en el sentido de que la diligencia de inspección judicial ordenada, deberá ser practicada por funcionario distinto al inspector de policía de El Bosque - La Laguna.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

APODERADOS Y DEFENSORES
ACTUACION

La correspondencia y relación que debe existir entre la actividad desplegada por los juzgadores, el acervo probatorio recogido y la acuciosidad o pasividad de los apoderados y defensores, permiten deducir si frente a una situación procesal concreta la falta de apoyo defensivo del abogado, su inercia o su pasividad, menoscabaron los derechos legítimos del procesado, su defensa y su juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta número 11.

Bogotá, doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, mediante sentencia de 13 de marzo de 1984, condenó al procesado Arturo Salas Ramos como autor del delito de falsedad en documentos públicos que le había sido imputado en el auto de proceder, le impuso la pena principal de tres (3) años de prisión y adoptó otras determinaciones.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado condenado, que fue oportuno y legalmente concedido, declarado admisible por la Corte y finalmente sustentado por el recurrente en demanda estimada formalmente ajustada a las exigencias legales,

RESULTANDO

I. Un breve resumen de los hechos y de la actuación procesal es la siguiente, correctamente señalada por el señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, en los siguientes términos:

"...El señor Jorge Olaya Lucena denunció penalmente el 3 de noviembre de 1974, al ciudadano Arturo Salas Ramos, director de Coldeportes de la Intendencia Nacional del Caquetá, por la desaparición de unas tejas de cemento y los ganchos que las aseguraban de la Villa Olímpica de esa ciudad. En el curso de la investigación se allegaron los documentos que aparecen a folios 17 a 21 del segundo cuaderno original y conforme a los cuales, el señor Salas Ramos, como ordenador del gasto, había dispuesto el pago de la suma de $5.000 a Jaime Perdomo por el transporte de cincuenta viajes de tierra, hecho contrario a la verdad...".

"...El funcionario acusado rindió indagatoria en marzo de 1975 y de inmediato nombró apoderado al doctor Ismael Ramírez Gasca, quien tomó posesión el día 17 de ese mes (fls. 167, 187 y 188)...".

"...La investigación se clausuró en agosto de 1975 (fl. 426) y el fiscal rindió concepto once meses después (fl. 459)...".

"...El proceso permaneció inactivo varios años y en enero de 1980, el Juez 1° Superior de Florencia se declaró impedido por ser hermano del denunciante, manifestación que rechazó el Juez 2° (fls. 461 y ss.). El Tribunal Superior de Neiva declaró infundado el impedimento en abril de 1980 (cuaderno número 8)...".

"...El sumario se calificó con un sobreseimiento de carácter temporal para Salas Ramos (...) y definitivo para otros acusados (abril 4 de 1981, folios 2 y siguientes del cuaderno original número 2). El Tribunal Superior de Neiva en proveído del 27 de octubre de este año llamó a juicio a Ricardo Vidal por falsedad y confirmó el sobreseimiento temporal en favor de Salas Ramos (cuaderno número 3)...".

"...En la reapertura de la investigación se practicaron varias diligencias, nuevamente se clausuró el sumario y en providencia del 11 de junio de 1982, se comprometió en juicio al señor Salas Ramos por el delito de falsedad, y se declaró prescrita la acción penal por el peculado a él atribuido (fls. 55 y ss. del cuaderno original número 2). Esta última determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Florencia el 21 de junio de 1983, ya que el enjuiciamiento no fue recurrido en apelación...".

"...Con motivo de este último compromiso, el acusado Salas Ramos nombró como defensor al doctor Ismael Ramírez Gasca, quien aceptó el encargo y tomó posesión el 3 de agosto de 1982...".

"...La audiencia se celebró el 29 de septiembre de 1983 después de varios aplazamientos solicitados por el abogado Ramírez y quien, en definitiva, tomó parte en el acto público con estas palabras" "...Comedidamente solicito se absuelva al procesado Arturo Salas del delito de falsedad consistente en 'haber hecho figurar al señor Jaime Perdomo como persona que transportó un determinado número de volquetadas de tierra, cuando este señor no poseía vehículo para tal fin y haber logrado que aceptara firmar la cuenta y la cobrara para Salas el importe del cheque. Pido la absolución porque no se configura el delito de falsedad, puesto que no existe la prueba técnica grafológica con la cual se acredite la existencia de dicha falsedad. El delito se ha tipificado en el auto de proceder, como falsedad, cuando lo que existe es un peculado el que está prescrito según afirmación del funcionario que dictó el auto de proceder. Es evidente que se trata de un peculado por apropiación de dineros oficiales

y muy desdibujadamente podría hablarse de un delito de falsedad, si los elementos no están configurados. Sin ese dictamen grafológico, no puede aplicarse dicha falsedad. Subsidiariamente solicito para el procesado, en el evento de que sea condenado, concedérsele la condena de ejecución condicional, ya dado provisionalmente al procesado. A esto se reduce la defensa que hago del procesado Arturo Salas' (fls. 92 y 93 del cuaderno número 2 original)...".

"...Como ya se dijo, se dictó sentencia de primera instancia en la que se condenó a Salas Ramos a 3 años de prisión y se le concedió la condena de ejecución condicional, decisiones que recibieron confirmación del Tribunal Superior de Florencia..." (fls. 15 a 18).

II. La sentencia ha sido impugnada con apoyo en la causal 4ª del artículo número 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se formulan tres (3) cargos y con invocación del cuerpo 2º de la causal 1ª en relación con la cual se presenta un único cargo:

CAUSAL CUARTA

Cargo primero.

"...Teniendo en cuenta que lo que prescribe es la acción que nace de un delito *concreto* o individualizado y no de un delito en su tipo genérico, es necesario concluir que lo que aquí prescribe es la acción contra la presunta falsedad en que incurrió Arturo Salas Ramos y no el delito de falsedad en general, que es la interpretación que ha dado el honorable Tribunal al proseguir la acción pensando que la prescripción opera a los diez años...".

"...Como a Arturo Salas desde el llamamiento a juicio se le dijo que la pena máxima a imponer sería de tres años, por cuanto se le otorgó la libertad por ser merecedor del beneficio de la condena de ejecución condicional, la prescripción tiene que ser de cinco años, porque la pena máxima que se le impondría sería de tres años..." (fls. 7 a 8).

Cargo segundo.

"...El apoderado que tuvo Arturo Salas se limitó a firmar las notificaciones sin interponer jamás un recurso, ni siquiera del fallo condenatorio y para que se presentara a la audiencia fue necesario señalar fecha para la misma por cinco ocasiones, amenazándolo seriamente para que al fin se presentara, y es en esta diligencia donde se demuestra fehacientemente que el procesado careció de defensa, pues en un negocio que se tramitó por espacio de diez años, que tiene casi mil folios, la intervención del defensor, que fue dictada al secretario, pues tampoco agregó escrito con el resumen de su alegato, cupo en media página, de cuya lectura se concluye que no conoció el expediente pues se limitó a referirse a la falta de una prueba grafológica, que según él sería lo único que tipificaba la falsedad, es decir, pensaba que el negocio versaba sobre la adulteración o suplantación de una firma...".

"...A Arturo Salas se le condenó, según los juzgadores por haber producido tres documentos que narran hechos que no corresponden a la verdad, documentos que obran a los folios 18, 19 y 20 del segundo cuaderno original —tal como se dice en el fallo impugnado, folio 22 del cuaderno número 10—, sentencia del Tribunal que remite a los folios 115 y 116 del segundo cuaderno original —sentencia del Juzgado Superior—, documentos que obran en fotocopias sin autenticar y con firmas ilegibles y sellos fascímiles, igualmente ilegibles, y de esto no se dio cuenta el señor defensor...".

"...El artículo número 26 de la Constitución Nacional y el artículo número 1° del Código de Procedimiento Penal disponen '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', establecen las garantías procesales, que protegen la organización judicial, la estructura básica del proceso y el derecho de defensa...".

"...La honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido en innumerables providencias que el juicio es nulo cuando el procesado es víctima de la displicencia de su defensor, cuando éste incumpliendo esta necesidad pública no lo asiste en debida forma, llevando a que no haya defensa formal o técnica del procesado por su inercia o incapacidad, lesionando así un derecho primordial de la persona, pues a ésta no se le puede negar la oportunidad de demostrar su inocencia o de explicar su conducta, siempre buscando que la ley se aplique justamente (Casaciones de junio 22 del 43 G.J. t. LV número 1993 p. 658, de abril 11 de 1969 G.J. CXXX números 2310, 2312, páginas 191 y 192)..." (fls. 9 a 10).

Cargo tercero.

"...El fallo de segunda instancia cuando aparece suscrito por el doctor Fernando Olaya Lucena nos lleva a pensar dos cosas:

a) Que debió declararse impedido como lo había hecho antes, pero como no fue así se pretermitieron las formas propias del proceso al no poderse tener como imparcial su revisión de un fallo que se dictó acogiendo completamente una providencia que él había dictado cuando era juez superior. Esto constituye nulidad supralegal o sustancial por violarse el artículo número 26 de la Constitución Nacional;

b) Se limitó a firmar la providencia del otro magistrado simplemente. Esto nos conduciría a la nulidad que señala el artículo número 210 numeral primero del Código de Procedimiento Penal, ya que se trataría de una sentencia dictada por un solo magistrado, quien sería incompetente, ya que la competencia radica en la Sala y no en uno de sus integrantes según lo dispone el artículo número 33 del Código de Procedimiento Penal, que se habría violado con esta conducta (A este respecto existe antecedente en auto dictado por la Corte Suprema de Justicia el 26 de mayo de 1972 CXLII, 350)..." (fls. 10 a 11).

CAUSAL PRIMERA

Cargo único.

"...Se ha sentenciado a Arturo Salas Ramos por falsedad en documentos públicos, que según el fallo de segunda instancia, que aparece a folios 9 y siguientes del cuaderno número diez original, concretamente en el folio 22 por haber faltado a la verdad en los documentos que obran a folios 18, 19 y 20 del segundo cuaderno original, o sea una orden de suministro, una constancia de labor realizada, y una presunta cuenta de cobro inexistente, al decir de la misma providencia...".

"...Estos documentos no reúnen las exigencias del artículo número 215 del Código de Procedimiento Penal por no ser plena prueba para sentencia condenatoria, con lo que se viola tal norma, pues el artículo número 261 del Código de Procedimiento Penal define los documentos públicos, características que no tienen los papeles traídos como tales, pues son fotocopias sin autenticar, por lo tanto carecen de la exigencia de autenticidad, por lo que no pueden ser plena prueba y por ello no puede predicarse que quien los suscribe haya faltado a la verdad en documentos públicos. Obsérvese que a folio 44 del segundo cuaderno original, el sindicado no reconoció la firma puesta en la orden de suministro y la fotocopia obrante a folio 20 no lleva firmas, por lo tanto no se pueden deducir hechos delictuosos y menos imputándoselos a una persona determinada. La fotocopia no lleva firmas y ni siquiera la copia que obra a folio 32 del mismo cuaderno, en la cual aparecen unos facsímiles borrosos, documento que no se hizo reconocer al procesado. En cuanto a la fotocopia que aparece a folio 19 a pesar de haber reconocido la firma el sindicado, no constituye plena prueba porque su texto es confuso, habla de un Jaime 'Perdomo' que botó unos 'viajes' de tierra, pero no tiene fecha, ni prueba que guarde relación con los cinco mil pesos que presuntamente se pagaron a Perdomo, pues no dice que es para tal fin. Por ello no se puede sustentar una sentencia condenatoria en un documento tan ambiguo y confuso...".

"...Concluimos entonces, que se otorgó a estos 'documentos' un valor que la ley no les asigna, hay un falso juicio de convicción, pues no se pueden tener como plena prueba de falsedad por no ser documentos públicos auténticos, al tenor de las exigencias del artículo número 261 del Código de Procedimiento Penal, que también se violó al atribuirles tal calidad..." (Fls. 11 a 12).

III. El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal ha estimado fundadas las pretensiones del demandante desarrolladas en el cargo segundo, consistente en absoluta falta de defensa del condenado, apoyado en las consideraciones que más adelante se indicarán y como resultado de las cuales concluye solicitando a la Corte que case la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO

La Corte estudiará los cargos formulados contra la sentencia, en el orden utilizado por el recurrente en la demanda.

CAUSAL CUARTA

1. El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de que la acción penal había prescrito dos años antes de que fuera proferido el auto de proceder.

El Ministerio Público al contestar el cargo, sostiene, por el contrario, que la demanda confunde las normas relativas a la prescripción de la pena, con las concernientes al término prescriptivo de la acción, además de que retrotrae su cálculo al momento de la ejecución de los hechos, con olvido de que el auto de proceder, ejecutoriado en agosto de 1982, interrumpió el fenómeno jurídico que alega.

Sobre este punto, la Sala considera:

El procesado Salas Ramos fue llamado a juicio bajo el cargo de haber incurrido en la comisión del delito de falsedad en documentos públicos, que éste habría cometido en 1974, de suerte que estando sancionada la infracción con pena máxima de diez (10) años de prisión, para el mes de agosto de 1982, fecha de la ejecutoria del auto de proceder, aún faltaban dos (2) años para que se cumpliera el término prescriptivo de la acción.

".....".

No prospera el cargo.

2. Sostiene el demandante, además, que el proceso es nulo por ausencia absoluta de defensa a favor del condenado.

El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, acorde con la acusación, estima que la sentencia debe casarse por haber sido proferida en juicio dentro del cual el recurrente no tuvo defensa alguna a lo largo de los varios años durante los cuales la investigación y el juicio fueron adelantados:

"...En opinión del Ministerio Público asiste la razón al demandante al sostener que el condenado en este proceso por el delito de falsedad en documento público Arturo Salas Ramos, careció de defensa a todo lo largo del proceso...".

"...Como ya se recordó en la exposición de los hechos, el actor designó como apoderado para el sumario al doctor Ismael Ramírez Gasca, quien se posesionó el 17 de marzo de 1975 (fl. 188 del cuaderno número 1). Las únicas intervenciones del abogado en esta etapa aparecen a folios 191 y 195 en los careos que el sindicado Salas sostuvo con los testigos Octavio Calderón y Francisco Vargas, diligencias cumplidas el día 20 de ese mes...".

"...Al calificarse la investigación en junio de 1982, el doctor Ramírez no alegó, como tampoco cuando se sobreseyó temporalmente a su poderdante en abril de 1981...".

"...Al producirse el llamamiento a juicio de Salas Ramos, éste designó como su defensor al doctor Ramírez quien se posesionó el 3 de agosto de 1982 y no propuso recursos contra esta determinación y tampoco pidió pruebas en la etapa del juicio...".

"...Como se destaca en la demanda de casación, para la audiencia pública el doctor Ramírez Gasca se excusó varias veces y para otros señalamientos de la

diligencia no concurrió. Hubo de ser requerido y solo así se pudo celebrar el acto de juzgamiento en septiembre de 1983. La Procuraduría Delegada transcribió en páginas anteriores la 'intervención verbal' del defensor (16 renglones del acta), quien no dio cumplimiento al mandato del artículo número 511 del Código de Procedimiento Penal: '...Las partes deberán presentar, al finalizar la audiencia sin intervención del jurado, un resumen escrito de sus alegaciones'...".

"...El señor defensor doctor Ramírez Gasca no se notificó de la sentencia condenatoria de primer grado y tampoco propuso recurso alguno...".

"...Al conocerse el fallo de segunda instancia, el acusado nombró como representante judicial al profesional del derecho que ahora actúa a nombre de él en el recurso extraordinario de casación...".

"...La Procuraduría Delegada considera que conforme a lo expuesto, el acusado en este proceso señor Arturo Salas Ramos careció en forma absoluta de defensa. La negligencia de su apoderado es evidente. Nada hizo en su favor en este proceso que ya lleva 8 años de iniciado. La garantía constitucional de defensa técnica y efectiva brilla por su ausencia. Si bien el acusado tuvo la oportunidad de elegir un abogado, éste, se repite una vez más, nada hizo en su favor...".

"...En estas condiciones estima el Ministerio Público que se ha logrado demostrar por el demandante la ausencia de una garantía constitucional que acarrea la nulidad del proceso desde la formulación del auto de proceder, exclusivo, pues se debe ofrecer al acusado la oportunidad de que un abogado diligente controvierta esta pieza procesal y esté en condiciones de solicitar pruebas en el juicio, si esa decisión se mantiene en la segunda instancia...".

"...Como consecuencia obvia, el Tribunal Superior de Florencia en los términos del Decreto número 196 de 1971, debe iniciar averiguación disciplinaria contra el abogado Ismael Ramírez Gasca por una posible falta a la debida diligencia profesional..." (fls. 20 a 21).

Sobre este cargo, la Sala considera:

La Corte, luego de su inicial doctrina sobre la necesidad de que los apoderados y defensores desplegaran una constante vigilancia sobre el desarrollo del proceso y de que ejercieran una permanente actividad a lo largo de éste, alegando extensamente, interponiendo todos los recursos posibles y solicitando el mayor número de pruebas, manifestaciones con las cuales se estimaba que aquéllos cumplían cabalmente sus deberes profesionales, ha terminado por abandonar esas exigencias puramente formales que, en más de una ocasión, subordinaban la legalidad del proceso y la adecuada defensa del procesado a la presentación de memoriales insustanciales, a la proposición de recursos e incidentes temerarios y a la petición de pruebas inconducentes o innecesarias, en detrimento de la administración de una recta, pronta y cumplida justicia.

En la elaboración de una más exigente doctrina sobre esta materia, la Sala ha venido abandonando en recientes decisiones la exigencia de que la defensa, para que sea completa, debe ser ejercida en todas las oportunidades y por todos los medios legales,

sin sujeción ni consideración a las pruebas del proceso mismo y sin subordinación al fundamento y a la prosperidad de los recursos, de las alegaciones y las pruebas y diligencias solicitadas.

"...La nulidad con rango de violación del derecho constitucional que ha venido reconociendo la Corte se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales, para los que el propio Código de Procedimiento prescribe las sanciones correspondientes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos que el artículo número 26 de la Constitución señala para el juzgamiento de las personas, esto es, a ser juzgadas conforme leyes preexistentes al acto que se imputa, a serlo por el Tribunal legalmente competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables que lleguen a promulgarse con posterioridad a la ocurrencia del hecho...".

"...De estas cuatro hipótesis constitucionales, a la que se refiere el casacionista es a la concerniente a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, que se reputa vulnerada por el recurrente en el supuesto de que los apoderados y el defensor anterior del condenado no desplegaron la diligencia y cuidado que era menester para su adecuada defensa...".

"...Las cuestiones así planteadas no se refieren, pues, a la falta absoluta o total de los medios de defensa del procesado, que tuvo éste; ni a la vulneración de sus derechos y garantías procesales, que le fueron reconocidos; ni a la falta de observancia de los trámites y términos que la ley prescribe para dar curso a la actuación, que fueron cumplidos, factores que dependen de las autoridades, cuya inobservancia ha venido sancionando la Corte; sino que se remiten a las actuaciones cumplidas por los apoderados y el defensor anterior del procesado, respecto de las cuales no se afirma que éstos no realizaron ninguna, sino que han debido desarrollar otra u otras, o cumplirlas con mayor frecuencia o más oportuna o decidida o inteligentemente, que son factores que dependen del criterio personal del abogado sobre la oportunidad, viabilidad, procedencia o justicia de sus intervenciones y, al margen de estas consideraciones, que dependen incluso de la capacidad, inteligencia, sagacidad y sentido analítico de que disponga el defensor, cuestiones cuya índole escapa al dominio de los jueces y particularmente al de la Corte en casación..." (Casación, 8 de julio de 1980).

".....".

"...Dentro de la estrategia del defensor, está el uso discrecional del derecho de defensa, o sea, de los medios de gravamen o de impugnación que le brinda la ley procesal y de todas las garantías que ésta pone en sus manos con esa noble finalidad, de modo que bajo ese entendimiento le está permitido desde el silencio razonable hasta la insistencia impertinente y obcecada..." (Casación, 3 de diciembre de 1981).

".....".

"...Cada defensor planea su propia estrategia dé defensa, acordándola con los hechos del proceso y llevándola a sus fines según su particular criterio, razón por la cual no pueden fijarse pautas ni por el juez ni por otros abogados...".

"...La efectividad de la defensa no puede deducirse solamente de la cantidad de argumentos que un defensor presente ante los jurados o ante el juez, en su caso, en orden a liberar a su representado de los cargos que contra él pesan...".

"...La abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve pero sólido de los aspectos favorables del caso. Muchas veces la sencillez de la exposición, centrada sobre unos pocos argumentos, o así sea solo sobre uno, hacen más en favor del procesado que un caudaloso flujo de pretendidas razones que solo consiguen, casi siempre, confundir y desorientar al jurado o al juez, así den a la parte o a su apoderado la sensación de que están agotando, hasta sus máximos límites, el esfuerzo defensivo..." (Casación, 15 de septiembre de 1982).

En decisión más completa y objetiva, que reitera, la Sala ha concluido por dejar de mirar el aspecto puramente formal o aparente del ejercicio de una adecuada defensa, que era la tradicional y de reconocer la independencia y soberanía de los abogados, que iba al otro extremo, para enfocar su estudio hacia la correspondencia y relación que debe existir entre la actividad desplegada por los juzgadores, el acervo probatorio recogido y la acuciosidad o pasividad de los apoderados y defensores, de modo que solo en consideración a estos presupuestos es posible deducir si frente a una situación procesal concreta la falta de apoyo defensivo del abogado, su inercia o su pasividad, menoscabaron los derechos legítimos del procesado, su defensa y su juzgamiento:

"...La carencia de asistencia técnico-jurídica, cumplida en forma real y efectiva, no aparece siempre demostrada porque se enfatice sobre la ausencia de un esfuerzo probatorio o argumentativo. En autos es evidente que el apoderado de oficio, el que actuó durante el sumario, no solicitó la práctica de diligencias ni intentó cuestionar el valor atribuido a las probanzas, limitándose a interponer el recurso de alzada, contra el auto de proceder, pero sin atender a su sustentación. Pero esto, por sí, no implica la nulidad alegada. Sobre el particular debe recordarse que 'la forma como se ejerce el derecho de 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'. En relación con estas variantes debe tenerse presente que, en algunos casos, el mejor plan de defensa puede consistir en el final aprovechamiento de los vacíos de instrucción, expediente mas efectivo que la persistente labor de contradecir cada una de las diligencias practicadas; o, también, guardar razones y dejar que los funcionarios de primera y segunda instancia las expongan, para cargar sobre ellas dialécticamente al momento de la audiencia o al recibir traslado para la alegación definitiva. No faltan las hipótesis de mermada colaboración del defendido por la forma como presenta los hechos, niega información, o se obceca en mostrarse ajeno a la acción, obstáculos que llevan al defensor a remitirse a las etapas finales del proceso, confiando más en el poder de análisis y refutación de lo realizado que en un esfuerzo probatorio incierto o dificultado...".

"...Igualmente debe apreciarse la índole del proceso y los resultados del mismo. Cuando el expediente es rico en posibilidades probatorias para demostrar la inocencia de un incriminado, desaprovechadas inexplicablemente por su defensor, la Corte

tendrá que inclinarse favorablemente por la tesis de la nulidad. Pero ante situación opuesta no puede ofrecer igual amplitud de criterio porque sería tanto como admitir que se pudo haber hecho algo más efectivo y real cuando la verdad aparecía con otras muy diversas características...".

"...La solución del punto no es la misma cuando el juez, dentro de un sistema procedimental inquisitorio, responde acuciosamente a este esquema y agota las posibilidades dilucidatorias, en favor o en contra del procesado, a cuando actúa negligentemente y no ejecuta las más fundamentales diligencias. En el primer caso, bien puede decirse que el papel de la defensa especialmente en la etapa sumaria, ha sido superado y hasta satisfecho. Casi lo que debía solicitarse ha sido cumplido por iniciativa propia del juez. En el segundo evento, la Corte debe ser más severa y estimar que la asistencia profesional pudo tener mayores rendimientos, cancelados por obra de quien estaba obligado a asumir conducta diferente..." (Casación, 13 de julio de 1982).

Mirado el proceso adelantado contra el condenado Arturo Salas Ramos se advierte, además de la ausencia casi absoluta de su abogado durante la instrucción y el juicio, un descuidado y superficial análisis probatorio de los funcionarios encargados de su calificación y fallo y un ostensible desigual tratamiento de este procesado en relación con el también acusado José Ricardo Vidal Gasca, manifiesto al cierre de la investigación, en la etapa probatoria del juicio y en la sentencia.

a) Como bien lo ha señalado el señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, en un proceso iniciado el 27 de diciembre de 1974, que solo vino a ser fallado diez (10) años más tarde, el 13 de marzo del año pasado, la ausencia del apoderado y luego defensor de Salas Ramos es manifiesta, circunscrita como aparecen sus intervenciones a asistir a su cliente en sendas diligencias de careo en marzo de 1975 y a presentar un pobre e inadecuado alegato en la Audiencia Pública, que apenas sí ocupó dieciséis renglones del acta correspondiente.

Nada importaría esta prolongada pasividad del abogado de Salas, sin embargo, si la actividad oficial de los funcionarios hubiese suplido su inercia y el proceso hubiese sido adelantado con cuidado y diligencias tales que nada habría podido hacer aquél para mejorar la situación de su cliente, ajustada a las pruebas y a la legalidad como estarían las correspondientes determinaciones judiciales que en una u otra forma le afectaban;

b) No ocurrió así, sin embargo, por que el procesado en la extensa indagatoria a que fue sometido no confesó la comisión de los delitos por los cuales fue entonces sindicado, señaló a otros empleados de su comisión e indicó las circunstancias de modo y lugar como ocurrieron los hechos, exculpaciones o, cuando menos, explicaciones suyas cuya prueba ha debido solicitar su apoderado para verificar sus citas y la veracidad de sus afirmaciones; no incriminan al procesado, tampoco, la totalidad de los testigos que declararan en el expediente, de modo que también allí tenía su abogado el deber de estudiar esa prueba para, si era procedente, desvirtuar o poner en tela de juicio la veracidad y atendibilidad de la de cargo; ni la prueba sobre la materialidad del delito de falsedad resultaba muy correctamente llevada al proceso,

pues los documentos con los que la infracción fue atribuida a Salas Ramos en el auto de proceder (fls. 55 a 62 Cdno. 2), fueron aportados al expediente en fotocopias sin autenticación, como puede verse en ellas (fls. 18, 19 y 20 *ibidem*), escritos respecto de los cuales unos aparecen sin firmas, la que figura en otro no fue reconocida por el acusado y otros (fl. 32), no fueron exhibidos para su reconocimiento por parte de Salas, cuestiones todas éstas, para no citar sino las más protuberantes, respecto de las cuales no aparece un solo gesto de inconformidad de la defensa, y

c) El diferente tratamiento procesal que recibieron este procesado y el otro acusado, Vidal Gasca, quien estuvo asistido por profesional acucioso, que interpuso recursos, solicitó la práctica de numerosas diligencias a favor de su cliente y mereció atentas reflexiones de la Fiscalía sobre sus tesis, fue, muy posiblemente, la razón por la cual aquél fue condenado y éste resultó siendo absuelto de los cargos que le fueron imputados en el auto de proceder.

El cargo prospera.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, CASA la sentencia recurrida, DECLARA la nulidad del proceso a partir de la ejecutoria del auto de proceder, DISPONE la reposición de la causa y ORDENA que se compulse lo pertinente del proceso con destino al Tribunal Superior de Florencia para que, si lo estima del caso, disponga la correspondiente investigación disciplinaria contra el abogado Ismael Ramírez Gasca, por falta contra la ética profesional.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CAPTURA

Casos en que procede

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: según Acta número 11.

Bogotá, D.E., febrero doce (12) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado contra la sentencia del 13 de septiembre de 1984, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali condenó al doctor Víctor Manuel Carvajal Calonge en su condición de Juez 23 Penal Municipal de aquella ciudad a las penas principales de un año de prisión y pérdida del empleo como responsable del delito de detención arbitraria.

HECHOS

El 14 de mayo de 1981, el abogado Ferney González Velasco formuló ante el Juzgado 23 Penal Municipal de Cali denuncia penal contra Marcos Nieves Larrota por supuesto delito de abuso de confianza, en cuantía de $283.050.57, valor de diez cheques recibidos para el cobro de la empresa de calzado "Oswall" y cuyo monto no habría entregado. El denunciante solicitó al juez la captura del denunciado con fundamento en que tenía conocimiento de que en el curso de la semana se trasladaría al Ecuador. Ese mismo día el juez Carvajal Calonge dictó un auto en el que acogió la denuncia, la envió al Juzgado Penal Municipal de Reparto y libró la orden de captura contra Nieves Larrota; en la misma fecha emitió el oficio respectivo al Jefe del DAS en Pasto; funcionarios de dicha entidad aprehendieron a Nieves el 18 de mayo siguiente y ese mismo día lo remitieron a Cali a disposición del Juzgado 23 Penal Municipal; de allí fue puesto a órdenes del Juzgado 6° Penal Municipal a quien le correspondió la investigación por reparto; tal despacho dispuso por auto del 28 de mayo dejar en libertad al capturado por falta de fundamento para su detención; más tarde mediante providencia del 13 de junio y luego de varias diligencias de indagación preliminar, se abstuvo de iniciar sumario por considerar que los hechos denunciados configuraban apenas un incumplimiento contractual de crédito comercial.

RESULTANDOS

1° Con fundamento en tales hechos Nieves Larrota formuló denuncia penal al Juez Carvajal Calonge; allegados los antecedentes del caso, el Tribunal dictó auto cabeza de proceso el 16 de marzo de 1983.

2° En diligencia de indagatoria el sindicado sostuvo, en esencia, que había dispuesto la captura de Nieves con fundamento en los artículos números 381 y 426 del Código de Procedimiento Penal, pues no solo consideró graves los hechos que se le imputaban por delito sancionable con pena de prisión, sino que de no ordenar su inmediata captura se corría el riesgo de su evasión al Ecuador como lo manifestó bajo juramento el abogado denunciante (fls. 68 y 72).

3° Clausurada la investigación, el Tribunal la calificó con auto de proceder el 2 de abril de 1984, por el delito de detención arbitraria en cuanto el procesado excediéndose en el ejercicio de sus funciones dispuso ilegalmente la captura de Nieves.

4° Durante el plenario se allegaron en fotocopias autenticadas las diligencias adelantadas por el Juzgado 6° Penal Municipal de Cali en relación con la denuncia contra Nieves Larrota.

5° En el curso de la audiencia pública la fiscalía solicitó sentencia condenatoria por estar plenamente demostrado el delito por el cual se llamó a juicio al procesado; la defensa y el mismo encausado reclaman, en cambio, absolución por falta de dolo.

6° El Tribunal optó por fallo de condena al considerar que la captura de Nieves ordenada por el procesado no tenía fundamento legal alguno, pues los artículos números 381 y 426 del Código de Procedimiento Penal, alegados no se refieren a la situación de autos, a más de que el encartado incumplió el reglamento del Tribunal al recibir la denuncia sin ser funcionario de reparto, le dio plena credibilidad al denunciante sin detenerse en el examen de los hechos y se apresuró a ordenar la aprehensión de Nieves sin respaldo jurídico. En Salvamento de Voto, uno de los magistrados de la Sala considera que el procesado sí podía disponer la captura de Nieves porque se trataría de persona gravemente indiciada de conformidad con los hechos denunciados, de tal manera que la situación tendría respaldo en el artículo número 427 del Código de Procedimiento Penal, extendible a los jueces de instrucción; destaca que, en todo caso, el procesado actuó de buena fe.

7° En su alegato de apelación, el procesado reitera que actuó en la honesta convicción de que podía ordenar la captura de Nieves, dadas la gravedad del delito denunciado y el hecho de su inminente viaje al exterior según afirmación jurada del abogado denunciante a quien no podía dejar de creerle.

8° El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita confirmar la sentencia recurrida pues considera ilícito el proceder del juez incriminado, habida consideración de que los hechos denunciados no tenían la gravedad de que habla el procesado, ni disponía de aquellos antecedentes y circunstancias que exige el artículo número 381 del Código de Procedimiento Penal, invocado por él, para justificar su acción.

CONSIDERANDOS

1° En relación con las situaciones en que es lícito privar de la libertad a una persona, ha dicho esta Sala y ahora lo reitera: "Es principio constitucional el de que nadie puede 'ser reducido a prisión o arresto, ni detenido', sino 'a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes'" (artículo número 23 C.N.). Sus únicas excepciones, igualmente señaladas en la Carta Fundamental (artículos números 24 y 27) son:

1ª La captura en situación de flagrancia o cuasiflagrancia que realiza *motu propio* la Policía Judicial (artículos números 289, numeral 9° del Código de Procedimiento Penal), la Policía Nacional (artículos números 69 y 70 del Código Nacional de Policía), o cualquier persona (artículo número 66 Código Nacional de Policía).

2ª La detención *in continenti* dispuesta por los jefes militares "para contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo" (artículo número 27, numeral 2° C.N.), y

3ª La detención *in continenti* que ordenan los capitanes de buque no estando en puerto, "para reprimir delitos cometidos a bordo" (artículo número 27, numeral 3° C.N.).

En todas las demás hipótesis la privación de libertad de un individuo requiere decisión escrita de funcionario competente y solamente es legítima en las expresas situaciones que la ley establece; ellas son:

1° La captura opcional para indagatoria en procesos por delitos sancionados con pena de presidio o de prisión (artículo número 426, inc. 1° del Código de Procedimiento Penal).

2° La captura por renuencia para rendir indagatoria (artículo número 426, inc. 2° del Código de Procedimiento Penal).

3° La captura del testigo renuente (artículo número 243 del Código de Procedimiento Penal).

4° La aprehensión de personas cuya captura ha sido públicamente requerida por autoridad competente con las formalidades de la ley (artículo número 428 del Código de Procedimiento Penal).

5° La captura consecuencial a un auto de detención (artículo número 441 del Código de Procedimiento Penal).

6° La captura como resultado de pena de arresto a quien se niega a cumplir multa impuesta por delito o contravención especial (artículos números 51 del Código Penal y número 290 del Código Nacional de Policía).

7° La captura consecuencial a sentencia condenatoria que se concrete en pena o medida de seguridad de carácter detentivos (artículo número 669 del Código de Procedimiento Penal).

8° La detención preventiva de persona cuya extradición se solicita (artículo número 742 del Código de Procedimiento Penal).

9°. La captura del extradido por disposición del Ministerio de Justicia (artículos números 737/8 y 748 del Código de Procedimiento Penal) (Sic.).

10. La retención excepcional de alta policía dispuesta por el artículo número 28 de la Constitución Nacional cuando haya "graves motivos para temer perturbación del orden público", en cuyo caso la orden escrita ha de emanar del Gobierno, mencionar expresamente el nombre de la persona afectada y exige dictamen previo del Consejo de Estado y de los Ministros.

11. La aprehensión policial de carácter opcional para conducir a una persona "ante la autoridad que ha ordenado su comparencia" (artículo número 58 del Código Nacional de Policía).

12. La retención transitoria dispuesta por comandante de estación o subestación de policía al responsable de una cualquiera de las contravenciones descritas en el artículo número 207 del Código Nacional de Policía.

13. El arresto supletorio a quien incumpla la medida correctiva de trabajo en obras de interés público (artículo número 200 del Código Nacional de Policía).

14. Las capturas policiales en sitios públicos o abiertos al público para "facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente" (artículo número 71 del Código Nacional de Policía), y

15. El arresto que impone el juez como sanción disciplinaria "a quien le falte el debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas" (artículos números 39 del Código de Procedimiento Civil, números 27 y 1° N. N.).

Fuera de estas situaciones, y de cualquier otra expresamente consignadas en la ley, la privación de la libertad de una persona es ilegal, y si ella se realiza por funcionario público configura detención arbitraria. El estado natural y jurídico del hombre es la libertad; su pérdida constituye, por eso, un hecho excepcional que ha de estar —como efectivamente lo está—, taxativamente previsto por el ordenamiento jurídico.

Por parte alguna autoriza la ley privar de la libertad a una persona respecto de la cual se practican diligencias preliminares (artículo número 320 Bis, Código de Procedimiento Penal) con el fin de determinar si hay mérito o no para dictar auto cabeza de proceso; tampoco está legalmente prevista la captura y detención de una persona porque se considere que su presencia podría dificultar la práctica de una diligencia de allanamiento (artículo número 355 del Código de Procedimiento Penal).

(C. S. de J. Sala Penal. Auto de marzo 12 de 1980).

2°. Cabría precisar que *la potestad de capturar que el numeral 9° del artículo número 289 del Código de Procedimiento Penal le otorga a la policía judicial, se refiere a dos situaciones, a saber:*

a) *Cuando sorprende a una persona en flagrante delito, vale decir, en el momento en que está realizando la acción u omisión descrita en un tipo penal determinado;*

b) *Cuando de ella puede predicarse el fenómeno de la cuasiflagrancia porque se la encuentra "con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura" (artículo número 301* ibídem), *hipótesis estas que en el ámbito de la prueba han de enmarcarse dentro de la expresión gravemente indiciada, que emplea el citado numeral 9° del artículo número 289 en comentario; por manera que la gravedad indicial mencionada en esta norma, no se refiere a cualesquiera datos indicadores dentro del contexto global indicial, sino a aquellos que específicamente caben en el concepto de cuasiflagrancia tal como está precisado por el artículo número 301 del estatuto procesal penal; y es que en trantándose de función atribuida a la policía judicial para capturar en situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia —tal es el marco imperativo del numeral 9° en cuestión—, esta norma ha de interpretarse en relación con la que describe aquellos fenómenos (artículo número 301* ibidem*); no se olvide, por lo demás, que se impone aquí una hermenéutica restrictiva porque la norma autoriza privación de la libertad personal que ha de ser dispuesta inmediatamente con los muy objetivos elementos de juicio mencionados en el citado artículo número 301, cuyo cumplimiento por su propia naturaleza no admite dilación.*

Ahora bien, como en estos casos la policía judicial actúa a propia iniciativa o cuando el funcionario de intrucción no pueda hacerlo en seguida (artículo número 289, literal c), nada se opone a que éste directamente disponga la captura siempre que frente a él se den los supuestos de flagrancia o cuasiflagrancia exigidos por el precitado numeral 9° en concordancia con el artículo número 301 del mismo estatuto procesal penal.

3°. *Ha de agregarse ahora que conforme a las modificaciones introducidas por la ley 2ª de 1984 (artículos números 38 y 39) a los artículos números 426 y 427 del Código de Procedimiento Penal el funcionario instructor emitirá orden de captura para indagatoria —si se dan los supuestos del artículo número 381* ibídem— *cuando se impute a alguien uno cualquiera de los delitos expresa y taxativamente señalados en esta norma; y que cuando la policía judicial se encuentre ante persona gravemente indiciada, siempre que no se trate de la gravedad indicial concretada en las tres hipótesis de cuasiflagrancia del artículo número 301 del Código de Procedimiento Penal. Solamente podrá proceder a su captura previa orden escrita del superior funcionario de policía judicial o de juez de instrucción correspondientes.*

4°. *El artículo número 381 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el número 426* ibídem *inciso primero, comprende igualmente, dos situaciones; la una referida a la recepción de indagatoria de persona respecto de la cual en razón "de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso... considere el funcionario autor de la infracción penal o partícipe de ella"; y la otra que apunta a quien "por haber sido sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito" también considere el instructor como autor o cómplice de hechos punibles; pero uno y otro casos se refieren a sumarios ya iniciados en los que deba recibirse declaración de indagatoria y no a meras diligencias de indagación preliminar, durante las cuales es impertinente practicar indagatoria, y menos aún a simples denuncias.*

5°. Examinada la situación del procesado a la luz de las precedentes consideraciones, tiénese que su orden de capturar a Nieves Larrota fue ilegal porque en relación con los hechos denunciados no eran predicables situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia (se trataba de actividades desarrolladas con meses de antelación), porque no existía aún sumario como que solo mediaba una denuncia y porque consecuencialmente, la captura dispuesta no tenía respaldo en los artículos números 289, 301, 381, 426 o 427 del Código de Procedimiento Penal, ni en ninguna otra norma legal. Por este aspecto resulta objetivamente demostrado que por orden ilegal y abusiva del procesado, Nieves Larrota fue privado de su libertad entre el 18 y el 20 de mayo de 1981, comportamiento éste subsumible en el tipo de privación ilegal de libertad descrito en el artículo número 272 del Código Penal.

6°. No encuentra, sin embargo, la Sala que el procesado hubiese actuado con aquel conocimiento y comprensión de la típica ilicitud de su comportamiento, necesario para predicar su acción a título de dolo; resultaría, más bien, que fue su equivocada interpretación del alcance de los artículos números 381 y 426 del Código de Procedimiento Penal la que lo impulsó al desatino jurídico de ordenar la captura de Nieves Larrota sin el piso normativo correspondiente; nada hay, por lo demás, en el proceso que demuestre o permita siquiera suponer que actuó así para favorecer intereses del abogado denunciante o del supuesto perjudicado por los hechos, o con la finalidad de agraviar al denunciado. Cierto es que optó por recibir la denuncia sin ser funcionario de reparto, y que no se limitó entonces a enviarla a aquél, contrariando una directiva del Tribunal, sino que emitió la orden de captura que dio lugar a este proceso, pero tales antecedentes no deben tenerse como indicios en su contra porque nada de objetable habría tenido su conducta si se hubiese limitado a recibir la denuncia y a remitirla al juez de reparto; por lo demás, el hecho de que finalmente el juez a quien correspondió la denuncia hubiese decidido abstenerse de iniciar sumario porque los actos denunciados no configuran delito, pone de resalto la ilegalidad de la captura ordenada, pero no demuestra que la hubiese dispuesto con conciencia de su ilicitud, sino más bien con ligereza, sin aquella ponderada evaluación de datos que requiere una tal determinación.

7°. Por estas razones la Sala, apartándose del criterio de la Procuraduría, decidirá en sentido contrario a la determinación mayoritariamente tomada por el *a-quo*.

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia apelada y, en su lugar ABSOLVER al enjuiciado por los hechos que dieron lugar a este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

DELITOS COMUNES COMETIDOS POR MILITARES EN SERVICIO ACTIVO O POR CIVILES QUE ESTAN AL SERVICIO DE LAS FUERZAS ARMADAS CUANDO SE ENCUENTRA TURBADO EL ORDEN PUBLICO

La competencia de la Justicia Penal Militar en estos casos no termina cuando cesan la guerra, la turbación del orden público o la conmoción interior y la normalidad se restablece.

La competencia instructora y falladora nace y se agota en la jurisdicción castrense.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 11 de 12 de febrero de 1985.

Bogotá, doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de 9 de marzo de 1984, por la cual el mencionado Tribunal confirmó la dictada por el Comando del Batallón de Ingenieros número 2 "Vergara y Velasco" que condenó al soldado Jaime de Jesús Giraldo Ortiz a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, más las sanciones accesorias correspondientes, como autor de los delitos de lesiones personales, hurto calificado y tentativa de hurto.

1. LOS HECHOS

En las primeras horas del 19 de abril de 1982, llegaron dos individuos a la bomba de gasolina "Olaya Herrera" ubicada en la calle 57 con carrera 46 de Barranquilla y solicitaron se les prestara el teléfono. El celador Luis Felipe Arrieta Acuña les dijo que no había tal servicio y uno de los dos individuos, el que vestía uniforme de la Policía y resultó ser el soldado Jaime de Jesús Giraldo Ortiz, revólver en mano golpeó al celador y junto con su compañero se apoderó de un reloj, un anillo y quinientos pesos ($500.00). El celador fue despojado de una escopeta y amarrado y amordazado

lo metieron al túnel de engrase. Luego causaron algunos daños en la puerta que permite el acceso al sitio en donde se encuentra incrustada la caja fuerte y procedieron a romper la pared. En esos momentos llegaron algunos miembros de la Policía Nacional que dieron captura a Giraldo Ortiz y decomisaron algunos objetos que portaba y que son "una pata de cabra", un par de guantes, un cincel, dos martillos y dos maletines.

2. El proceso

Comprobada la calidad de soldado en el sindicado Jaime de Jesús Giraldo Ortiz el Comando del Batallón de Ingenieros número 2 "Vergara y Velasco" convocó Consejo de Guerra Verbal y condenó al procesado en sentencia de 11 de junio de 1982. Tal actuación fue anulada por auto de 7 de julio de 1983 y repuesto el procedimiento se dictó nueva sentencia de condena el 9 de septiembre de 1983, providencia ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar el 9 de marzo de 1984.

3. La demanda

Se fundamenta la censura en la causal 4ª del artículo número 580 del Código de Procedimiento Penal para sostener que la sentencia se dictó en juicio viciado por nulidades de carácter constitucional (artículo número 26 de la C.N.) y legal (numeral 1° del artículo número 441 del Código de Justicia Penal Militar).

Empieza por transcribir el artículo número 308 del Código de Justicia Penal Militar y recordar que dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de octubre de 1971, de la cual transcribe también algunos fragmentos. Cita después las providencias de 21 de marzo de 1983 del Tribunal Disciplinario y de 4 de noviembre de 1970, 3 y 25 de octubre de 1983 y 22 de mayo de 1984, y encuentra que algunas de estas últimas son antagónicas en relación con el tema de los delitos cometidos por militares en tiempo de paz y en tiempos de turbación del orden público y consecuencial estado de sitio.

Del análisis de las doctrinas así citadas y de sus propios razonamientos afirma que para la época de sucesión de los hechos el país estaba en estado de sitio por mandato del Decreto número 1674 de 1982, efectivo a partir del 20 de junio y tenía plena vigencia el artículo número 308 del Código de Justicia Penal Militar en su numeral 2°. La nulidad de la primera Corte Marcial se produjo el 7 de julio de 1983 y cuando ya se había levantado el estado de sitio. El asunto debió pasar al conocimiento de la justica ordinaria por tratarse de delitos comunes. Sin embargo, la Justicia Penal Militar continuó en el conocimiento del proceso y se produjo la sentencia de primera instancia que lleva fecha del 9 de septiembre de 1983 y luego la de segunda, que es la impugnada y que fue dictada el 9 de marzo de 1984. Hay, en consecuencia, nulidad "de carácter constitucional y legal, insubsanable, por el motivo de carecer de competencia la Jurisdicción Penal Militar para conocer en segunda instancia del juicio..." y ella debe declararse a partir del 9 de septiembre de 1983, fecha de la sentencia de primera instancia, para disponer el envío del proceso al repartimiento de los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla.

4. Réplica del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares pide que no se case la sentencia impugnada porque, según considera, "corresponde a la Justicia Penal Militar el conocimiento y juzgamiento de los delitos establecidos en las leyes penales comunes, cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Militares, cuando éstos hayan tenido ocurrencia durante tiempo de anormalidad jurídica". Afirma que se fundamenta en múltiples y reiteradas jurisprudencias de la Corte sobre interpretación del numeral 2° del artículo número 308 del Código de Justicia Penal Militar, en el sentido de que la competencia allí establecida no cesa por levantamiento del estado de sitio, pues ella se determina por la época en que se produjo el hecho delictivo.

Cosa distinta sucede, agrega, cuando se trata de delitos asignados a la competencia de la jurisdicción castrense por razón del decreto de estado de sitio y en uso de las facultades que al Gobierno asigna el artículo número 121 de la Contitución Nacional, caso en el cual esos delitos sí vuelven al conocimiento de la justicia ordinaria. Cita en su apoyo providencias de esta Sala que llevan fechas del 4, 9 y 23 de noviembre de 1970, 14 de marzo de 1972 y, más recientemente, de 22 de mayo de 1984.

5. Las consideraciones de la Sala

El artículo número 308 del Código de Justicia Penal Militar en su numeral 2° dispone que la jurisdicción castrense conoce de los delitos establecidos por las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior. Esa disposición no se opone a los preceptos de la Constitución Nacional y por ese motivo la Corte Suprema de Justicia la declaró exequible mediante sentencia de 4 de octubre de 1971 y mientras exista es norma de obligatorio cumplimiento que adscribe una especial competencia de manera permanente y que opera inmediatamente siempre que se den las condiciones en ella previstas.

La competencia de la Justicia Penal Militar en estos casos no termina cuando cesan la guerra, la turbación del orden público o la conmoción interior y la normalidad se restablece pues resulta independiente de las circunstancias que la condicionan. La transitoriedad de tales desórdenes no modifica ni altera esa especial competencia castrense porque antes no pertenecía a la órbita funcional de autoridad distinta y es por eso por lo que conjuradas o sofocadas las situaciones irregulares que le dieron origen los procesos que a su amparo se levantaron no tendrían a donde pasar. De lo dicho se concluye sin dificultad que cuando se da la hipótesis prevista en el numeral 2° del artículo número 308 del Código de Justicia Penal Militar la competencia instructora y falladora nace y se agota en la jurisdicción castrense.

Lo sucedido en el caso de autos encuadra en los límites de la disposición que se comenta pues se trata de la comisión de delitos comunes, lesiones personales y hurto calificado, cometidos por un soldado en servicio activo y en un momento en que el país se hallaba en estado de sitio. No se trata de un caso de "traslado de competencia" como suele suceder cuando se decreta el estado de sitio y se asignan a la justicia castrense procesos que, según las reglas generales, pertenecen a la ordinaria. En estos

últimos eventos esas reglas quedan en suspenso y, una vez terminadas las circunstancias de anormalidad recobran su vigencia y permiten el retorno de los procesos al juez que originalmente conocía o debió conocer de los mismos.

Las anteriores razones son suficientes para explicar porqué no prospera la demanda y no se casa la sentencia objeto del recurso extraordinario.

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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

18 de Febrero de 1985. Al despacho del señor Magistrado Gustavo Gómez Velásquez para Salvamento de Voto, se precisa, para aclaración del mismo. El Magistrado Alfonso Reyes Echandía salva el suyo.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos, tal como lo hemos manifestado en varios Salvamentos de Voto (especialmente en el presentado respecto de la providencia de mayo 21 de 1980, dictada en el proceso por homicidio adelantado contra Hernando Huertas Vargas y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto, reiteramos nuestro criterio en el sentido de que, conforme al artículo número 170 C. N., la jurisdicción penal militar, en cualquier época, sólo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo por hechos que tengan relación con dicho servicio.

En el caso *subjudice* se trata de delito ajeno totalmente a la actividad militar del procesado y, por consiguiente, estimamos que la Sala ha debido casar la sentencia.

Esta es la razón de nuestro respetuoso disentimiento de la decisión mayoritaria.

Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha *ut supra.*

DELITO COMUN. DELITO PROPIO. DIFERENCIAS

El delito común tiene como característica esencial que no requiere para su tipificación sujeto activo cualificado. El delito propio se presenta no solamente por la calidad funcional de quien realiza la conducta, sino que es indispensable que el hecho haya sido cometido con desvío o abuso de la función pública.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 11 de febrero 12 de 1985.

Bogotá, febrero trece de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor defensor de los procesados Javier Arturo Zapata Ortega, José Hernán Agudelo Alzate y Alfonso Rojas García, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué que los condenó a la pena de sesenta meses de prisión, por los delitos de hurto y concusión.

HECHOS

A eso de las seis y media de la tarde del 18 de julio de 1982, se presentaron a la Casa de Primitivo Navarro Horta, ubicada en el barrio Las Palmas de Ibagué, los procesados Javier Arturo Zapata Ortega, José Hernán Agudelo Alzate y Alfonso Rojas García, el primero cabo y los restantes agentes de la Policía Nacional quienes dijeron ser teniente y agentes de esa institución y pretextando poseer orden de allanamiento, intimidaron a quienes allí se encontraban, a la vez que preguntaban por las armas, el café y la marihuana; como no obtuvieron respuesta positiva, se dedicaron a registrar la casa de donde sustrajeron un cheque por $23.000.00 que estaba oculto debajo de un colchón. Momentos después llegó el dueño de casa a quien le quitaron la suma de $11.900.00 que llevaba en efectivo y a quien además le exigieron la suma de $100.000.00 para no llevarlo detenido, por cuanto decían tener informe de que allí se

expendía bazuco, suma que luego fue rebajada a $60.000.00 y que Navarro se comprometió a llevar al día siguiente al bar "Mi Cafecito". Sin embargo, éste dio cuenta a la autoridad de lo ocurrido y acudió al sitio convenido, acompañado de agentes de la policía, en donde se produjo la captura de los procesados.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación penal fue iniciada por el Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar, que en providencia del 20 dictó auto de detención contra el cabo Javier Zapata y los agentes Hernán Alzate Agudelo y Alfonso Rojas García.

Posteriormente las diligencias fueron enviadas a la justicia ordinaria y concretamente al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué que dispuso el cierre de la investigación el 18 de enero de 1983.

El Juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario el 21 de febrero de 1983, con auto de llamamiento a juicio en contra de los citados procesados, por el delito de concusión y sobreseimiento de carácter temporal por el delito de hurto.

Apelado el auto de calificación mereció confirmación por parte del Tribunal Superior de Ibagué en relación con el delito de concusión; sin embargo, revocó el sobreseimiento temporal por el delito de hurto y en su lugar abrió causa criminal contra los tres sindicados, por este atentado contra el patrimonio económico.

Luego de tramitada la etapa de la causa, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué dictó la sentencia del 22 de agosto de 1983, en virtud de la cual condenó a los procesados a la pena de 60 meses de prisión por los delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento.

El Tribunal Superior de Ibagué confirmó integralmente la sentencia, el 13 de octubre de 1983.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal primera de casación, el defensor de los procesados, formula dos cargos a la sentencia recurrida, en la demanda que a nombre de todos ellos presentó.

Afirma el recurrente que la acusación central que pesa contra los condenados es la de concusión, en los términos del artículo número 140 del Código Penal, dada su condición de miembros de la Policía Nacional, de modo que "...la circunstancia concreta de que los procesados hayan tomado bajo constreñimiento, vale decir, bajo coacción, un cheque por la suma de $23.000.00 que se encontraba en la cartera de la señora Octavia Tama de Navarro y la suma de $11.900.00 que tenía el señor Primitivo Navarro Horta en su billetera, pese a lo hipotético tanto del cheque como del dinero, no constituye en el presente caso particular un delito autónomo de hurto, simple o calificado, concurrente con el delito de concusión sino que estamos en presencia simple y llanamente de este último punible, por agotamiento de sus elementos estructurales y requisitos formales...".

"Lo anterior llevó lógicamente a que el honorable Tribunal aplicara equivocadamente y en forma indebida el artículo número 350 del Código Penal, por cuanto

partió de los mismos elementos conformantes del delito de concusión, sin tener en cuenta que el delito de concusión subsume los elementos que se tienen como estructurantes del delito de hurto, dado que la concusión elementalmente es un hurto pero cometido por funcionarios públicos y con abuso de sus funciones como tales".

Estima que en la sentencia se violó el principio *non bis in idem* y por lo tanto solicita que la sentencia se case parcialmente con el fin de que se condene únicamente por el delito contra la administración pública.

En el segundo cargo asevera el impugnante que en la sentencia acusada se interpretó erróneamente el artículo número 26 del Código Penal, por cuanto se partió de la existencia de los delitos de hurto y concusión, cuando el único que se cometió y cuya existencia no desconoce es el delito de concusión. Siendo inexistente el delito de hurto se interpretó en forma errónea el artículo del Código Penal que regula el concurso de hechos punibles.

Pide que se case parcialmente la sentencia, que se condene por concusión y se disponga que por separado se investigue el delito de hurto.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que los dos cargos propuestos por el actor están llamados a prosperar, por cuanto no resulta lógico que en un contexto de conducta se tome en cuenta la calidad funcional de los procesados para condenarlos por el delito de concusión y a la vez se desconozca dicha calidad para condenarlos por un delito de hurto. Es de parecer que la conducta realizada por los procesados, en su integridad, constituye un delito de concusión, de modo que se aplicó indebidamente el precepto legal que define el delito de hurto y se interpretó en forma errónea el que regula el concurso de delitos.

Consideraciones de la Corte

Aun cuando el actor presenta dos cargos separados contra la sentencia acusada, el segundo cargo es la necesaria consecuencia del primero, de modo que la Sala los estudiará en conjunto. En efecto, el recurrente considera que no se cometió el delito de hurto y que, por lo tanto, se aplicó indebidamente el artículo número 349 del Código Penal, ya que la conducta en su totalidad debe quedar subsumida dentro del delito de concusión y, a renglón seguido encuentra que se interpretó erróneamente el artículo número 26 del mismo ordenamiento, porque no habiéndose tipificado el delito contra el patrimonio económico, no era procedente hablar de concurso de delitos. No obstante, adviértese un error de técnica en la presentación del segundo de los cargos, por cuanto si el actor afirma que no se cometió el delito de hurto y por ello no se dio el fenómeno del concurso de delitos, procedía alegar aplicación indebida del artículo número 26 del Código Penal, y no interpretación errónea, por cuanto esta forma de violación de la ley sustancial es de recibo en los casos en que hay una acertada escogencia del precepto que se aplica, pero se le da un sentido diverso del que le corresponde.

En el caso que se examina se dieron dos conductas completamente diferenciadas, ya que los procesados, en primer término, penetraron a una casa de habitación, invocando una falsa orden de allanamiento, y una vez allí se apoderaron de una suma de dinero que el dueño de la residencia llevaba consigo y de un título valor que sus moradores tenían escondido. Posteriormente, exigieron la entrega de sesenta mil pesos para no capturar a las personas que allí se encontraban, ya que un individuo que golpeó en la citada residencia y pidió que le vendieran "bazuco", pudo haber informado a los agentes que en ese lugar se expendía droga.

La primera de las conductas relacionadas constituye incuestionablemente un atentado contra el patrimonio económico, por cuanto si bien es cierto que los agentes de la policía que resultaron condenados ostentaban una investidura oficial, vestían los uniformes y portaban las armas de la institución a que pertenecían, se hallaban de franquicia y pretextaron poseer una orden de allanamiento, de manera que procedieron como simples particulares que penetraron en domicilio ajeno con el propósito de apropiarse de bienes que allí se encontraban, muy posiblemente el café que en ese lugar se había guardado con anterioridad, y que finalmente se concretó en los dineros de que ya se ha dado cuenta.

Es evidente que los delitos comunes cuya característica esencial reside en que no requieran para su tipificación un sujeto activo cualificado, pueden también ser cometidos por empleados oficiales. Conviene, no obstante, distinguir entre aquellas conductas punibles que no modifican su denominación jurídica por el cambio del sujeto activo, tales como el homicidio, las lesiones, la violación, etc., cuya naturaleza legal no se modifica por el hecho de que se cometa por un particular o por un servidor público. O, de otra parte, comportamientos delictivos que solo pueden ser cometidos por funcionarios oficiales, como el enriquecimiento ilícito, el interés ilícito en la celebración de contratos, el prevaricato, etc.

Se presentan, en cambio, otras conductas previstas en la ley penal en las cuales la calidad del sujeto activo puede dar lugar a la modificación del nomen iuris. *Tal el caso de la apropiación de un bien ajeno, que si se realiza por un particular representa un hurto, en cambio si la comete un empleado oficial a quien se le haya confiado su administración o custodia constituye un delito de peculado por apropiación; o de la conducta de quien constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa que si se realiza por particular da lugar a la tipificación de una extorsión o a un constreñimiento ilegal, según la finalidad que se persiga, o que representa un delito de concusión si quien la realiza es un servidor público, en la medida en que actúe con desvío o abuso de su cargo o de sus funciones; o la conducta de quien priva a otro de su libertad que es un delito de secuestro, pero que es delito de detención arbitraria en caso de que sea realizada por servidor público que actúa con abuso de la función.*

En los casos últimamente citados se presenta el delito propio no solamente por la calidad funcional de quien realiza la conducta, sino que es indispensable que el hecho haya sido cometido con desvío o abuso de la función pública, de tal manera que sea el ejercicio irregular de la actividad oficial la causa o la razón del proceder del agente. Cuando esta última circunstancia no se presenta, se habrá tipificado un delito común.

Los anteriores planteamientos llevan a la conclusión de que también los agentes de la policía, o cualesquiera funcionarios, pueden cometer el delito de hurto, que es

justamente la incriminación que se ha hecho a los condenados recurrentes, pues la conducta que se les atribuye se subsume en el dispositivo legal que contempla esta figura y por cuanto el hecho realizado ninguna relación tuvo con la actividad funcional de dichos servidores públicos.

En estas condiciones no hay motivo alguno para deducir aplicación indebida del artículo del Código Penal que describe este atentado contra el patrimonio económico y, por lo tanto, el cargo no debe acogerse, así como tampoco puede prosperar el segundo cargo relacionado con el concurso de hechos punibles que solo estaría llamado a tener éxito en caso de que el primero hubiera sido aceptado.

Como el censor no hace ningún cargo en relación con el delito de concusión, la Sala no hará referencia a esta concreta infracción.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

FORMAS DE VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Las características filosófico-jurídicas de cada una de las formas de la violación directa, sus diferencias específicas se edifican sobre estos conceptos: la primera sobre un error de existencia, la segunda, sobre un error de selección; y la tercera, sobre un error de sentido.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 17.

Bogotá, veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de Bello condenó, mediante falló del 19 de diciembre de 1983, a Oscar Alberto Barrera Londoño y a Jairo Hernán Parra Saldarriaga por los delitos de hurto y lesiones personales.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por sentencia del 25 de febrero de 1984, confirmó la anterior con modificaciones que dejaron la pena principal en 5 años de prisión para cada uno de los acusados y las accesorias de rigor.

Contra esta última resolución se interpuso recurso extraordinario de casación.

HECHOS

Con estricta sujeción a la realidad procesal se reseñaron de la siguiente manera:

"...Luis Hernán Zapata Avendaño conducía el taxi marca Dodge, de placas TI 27-12, afiliado a Tax San Pedro, por el Parque San Cayetano —Barrio Aranjuez— de esta ciudad. Ante la señal de rigor detuvo la marcha y subieron al auto tres personajes: uno adelante y dos atrás, quienes le indicaron como destino el centro de la capital. A poco de reemprender la marcha fue encañonado por el sujeto que iba a su lado diciéndole que necesitaban el carro y que guardara silencio, a la vez que otro de los

que iban en el asiento trasero desarrollaba la misma acción. Metros adelante, en sitio solitario, hicierónlo apear del móvil para introducirlo en el maletero y uno de ellos tomó el mando del vehículo emprendiendo la ruta hacia el vecino municipio de Bello. Allí aparcaron frente a la joyería 'El Diamante' e inrrumpieron precipitadamente al establecimiento blandiendo armas de fuego para amenazar al propietario Darío de J. y su empleada Yomaira de J. Atehortúa Cañas, amén de lesionar a aquél con objeto contundente (fls. 68 y 69) lo que le arrojó una incapacidad de siete (7) días. Sometidos ellos, emprendieron la rapiña saqueando las vitrinas donde se encontraban alhajas, se apoderaron de una pistola y dinero en efectivo por más de veinte mil pesos ($20.000.00), todo lo cual fue valorado pericialmente en la suma de un millón cincuenta y un mil ochocientos cincuenta pesos ($1.051.850.00) conforme a la diligencia obrante a fls. 25 y 26. Más, cuando cumplían sus propósitos, hizo su aparición la señora Adriana Patricia Jaramillo de Z. —esposa del damnificado— alertada por la presencia sospechosa del taxi y lanzó voces de alarma, por lo que los malandrines abandonaron presurosamente la joyería con el botín. Como el carro no dio encendido en su motor, emprendieron la retirada a pie y hacia la troncal norte mientras eran perseguidos por algunas personas quienes gritaban que los interceptaran ya que 'habían cometido un atraco'. El valor civil del agente José Jaime Ramírez S., demostrando un cabal cumplimiento de sus deberes, atendió al llamado y luego de disparar su arma de dotación consiguió que uno de ellos soltara sobre el piso una tula donde se llevaba la mayor parte del producto de la rapiña y la aprehensión de Oscar Alberto y Jairo Hernán...".

La demanda

Se presentaron las dos correspondientes demandas de casación, una por cada uno de los recurrentes. Ambas son de la misma factura y de igual contenido, razón por la cual se hará una sola síntesis de ellas.

Se propone, en consecuencia, para ambos casos la causal primera de casación por haberse incurrido, por el fallador de segundo grado, en violación directa de la ley al interpretar erróneamente el artículo número 374 del Código Penal.

Argumenta el recurrente que durante el término probatorio de la causa la defensa solicitó la tasación de los perjuicios causados con los delitos y que una vez determinados y en firme el respectivo experticio consignó la suma señalada, y que no obstante haber reconocido el juzgado la denominación de pena a que se refiere el artículo número 374 del Código Penal, el Tribunal Superior, haciendo una interpretación equivocada de esa norma, concluyó que no se adecuaba al caso concreto y por tal razón modificó la sentencia para imponer la pena con base únicamente en las normas sustanciales violadas.

Se fundamenta precisamente en que el Tribunal Superior entendió que como los bienes objeto del delito contra la propiedad fueron recogidos por la autoridad al cometerse el hecho, no podía hablarse de restitución sino de recuperación, situación bien distinta a la contemplada por la norma, argumento que el casacionista rechaza porque en su concepto el solo pago total de los perjuicios cumplió con el interés de la norma ya que ésta no puede exigir además una restitución imposible como acontece en el presente caso.

Por lo tanto, el actor solicita que la Corte case parcialmente el fallo de instancia profiriendo la sentencia estimatoria de sustitución que corresponde.

El Ministerio Público

Para acoger la petición de la demanda y para impetrar, en consecuencia, la casación parcial del fallo, el Procurador Delegado en lo Penal, después de sostener que si el objeto material fue recuperado por acción de la autoridad, de los particulares o por cualquier otro medio en el que no concurra la iniciativa y voluntad del procesado, antes de que se inicie la investigación, queda el acusado eximido de cumplir con este requisito, expresa:

"...Si bien el dictamen pericial en relación con el monto de los perjuicios no obliga al juez y de hecho puede prescindir de él para la concresión de sus conclusiones por fuerza de la libertad de que está investido para su apreciación o valoración, no es menos que para el acusado cuyo propósito es precisamente reparar los perjuicios, el dictamen en firme es su obligatoria marca de referencia.

"Y con mayor razón aún, cuando la ley señala un término para la reparación, antes del cual el dictamen no ha sufrido modificación, ni el juez ni las partes han formulado reparos por defecto o exceso en el *quantum*.

"En consecuencia, si el reo cancela, en el término en que indica la ley, los perjuicios en la cuantía en que fueron pericialmente valorados, la reparación por este concepto debe estimarse completa para los efectos indicados en el artículo número 374 del Código Penal.

"Como en el caso que se examina, los objetos materiales del delito fueron recuperados por la acción oportuna de la autoridad y se cancelaron los perjuicios derivados de la comisión del hecho punible en la cuantía que precisa el dictamen pericial, debe concluirse que los presupuestos del artículo número 374 citado, se han cumplido satisfactoriamente y procede la disminución de pena allí establecida...".

Se considera

Las demandas coinciden en proponer la causal primera, cuerpo primero, por haber incurrido el fallador en violación directa de la ley al interpretar erróneamente el artículo número 374 del Código Penal. A simple vista aducen la interpretación errónea de dicha norma como sentido de la violación directa de la ley sustancial. Tal planteamiento lo estima el señor Procurador como una falta de aplicación de esa disposición.

En criterio de la Sala, ambos, demandante y Ministerio Público, se encuentran equivocados.

En efecto, *Los tres sentidos de la violación directa obedecen, cada uno de ellos, a diversos errores de lógica jurídica, así:*

a) *En la exclusión evidente de ordinario llamada falta de aplicación, el error del fallador recae sobre la existencia o validez en el tiempo o en el espacio de la norma sustancial que se aplica o que se deja de aplicar, esto es, que en el primer evento la regla*

legal que se aplica no tiene existencia jurídica, y en el segundo tiene plena existencia jurídica, pero se la desconoce o se le niega esa connotación. También ocurre cuando el juzgador deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente lo ignora, no sabe o no quiere saber de su existencia,

b) *En la aplicación indebida el error del fallador recae sobre la selección de la norma sustancial aplicada, es decir, en la adecuación de ella al caso concreto por no ser la que lo contempla o subsume, situación que comporta la inaplicación de la que realmente corresponde,*

c) *En la interpretación errónea el yerro del fallador recae sobre el sentido de la norma sustancial aplicada, o sea, que siendo la que, sin duda alguna, regula el asunto materia del juicio, se le da un entendimiento equivocado y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que le son contrarios.*

Si éstas son, en síntesis, las características filosófico-jurídicas de cada una de las formas de la violación directa, sus diferencias específicas se edifican sobre estos conceptos: la primera, sobre un error de existencia; la segunda, sobre un error de selección; y la tercera, sobre un error de sentido.

Entonces, bajo estas ideas rectoras no es posible hablar de violación directa por falta de aplicación o por interpretación errónea, cuando el sentenciador aplica una regla legal creyendo falsamente que en ella se subsume la totalidad del caso concreto y rechaza otra u otras por creer que no pueden contemplarlo o converger, de algún modo, a regirlo, porque en este evento se está siempre frente a una aplicación indebida al ponerse en evidencia el error de selección en que cayó el juzgador.

Esto es lo que sucedió en la sentencia impugnada, pues el Tribunal creyó equivocadamente que los presupuestos de la rebaja de pena que otorga el artículo número 374 del Código Penal, no se daban en este proceso y que, por tanto, este precepto no podía ser aplicado. Esto como es obvio no constituye, de acuerdo con los principios expuestos, una falta de aplicación ni una interpretación errónea sino una aplicación indebida de las normas con que se dosificó la pena impuesta, pues, al parecer, no podían aplicarse en su totalidad.

Lamentablemente el censor no supo presentar el reproche dentro de las exigencias técnicas del recurso y frustró, por ende, la posibilidad de que la Sala pudiera estudiarlo.

De aquí que la jurisprudencia, de manera infatigable, venga repitiendo que la Corte no puede corregir la demanda de casación, porque al hacerlo sustituiría al demandante para ser juez y parte a un mismo tiempo, lo que sería absurdo, y, además, convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia inexistente en la legislación penal colombiana.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído 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 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Medellín, el 25 de febrero de 1984, y de la que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

ADMINISTRACION DE JUSTICIA. HORARIO

Es un servicio público a cargo del Estado que se presta en forma continua y consecuencialmente, los despachos judiciales deben permanecer abiertos durante las horas hábiles, a excepción de los días legalmente señalados como de vacancia judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 16 de febrero 19 de 1985.

Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Agotada la etapa investigativa se procede a calificar el mérito del sumario.

HECHOS

Se inició la presente investigación con base en el informe presentado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, en el cual se daba cuenta que los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla habían dispuesto mediante los Acuerdos números 1045 y 1048 de 1983 suspender los términos y ordenar el cierre de los despachos de las oficinas judiciales correspondientes al Distrito de Barranquilla, durante los días lunes catorce (14) y martes quince (15) de febrero del citado año, con motivo de la celebración de los carnavales que se llevan a cabo en la capital y demás municipios del departamento.

RESULTANDOS

1°. Con los acuerdos de nombramiento y confirmación (fls. 165 a 175 del cuaderno de la Procuraduría) y con las copias de las actas de posesión (fls. 211 a 219) se acreditó que para el mes de febrero de 1983, desempeñaban el cargo de Magistra-

dos del Tribunal Superior de Barranquilla los doctores Luis Alberto Peñaranda Stegman, Arturo Vargas Ripoll, Carlos Camo Donado, Alvaro García Solano, Nohora Esther Acuña de García, Fernando González de Sola, Roberto Fabio Herrera Orozco, Alba de la Hoz de Pacheco, Esteban Páez Polo y José María Torres Vergara.

2° El 3 de febrero de 1983 se reunió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. En dicha sesión se aprobó el Acuerdo número 1045 en virtud del cual se resolvió:

"Suspéndanse los términos judiciales y ordénase el cierre de los despachos de las oficinas judiciales correspondientes a este Distrito Judicial, durante los días lunes catorce (14) y martes quince (15) de febrero del año en curso, por motivo de la celebración de los carnavales de Barranquilla y demás municipios del departamento (artículos números 112 y 121 del Código de Procedimiento Civil, Decretos-ley números 1400 y 2019 de agosto 6 y octubre 26 de 1970 y 1660 de 1978, respectivamente).

"Fíjese en la Secretaría General de la Corporación, un aviso en que se haga saber al público y litigantes lo resuelto en el presente acuerdo y cúmplase lo prescrito en los citados artículos".

Como fundamento del Acuerdo se consignó que el carnaval constituye una tradición y que dentro de él todos los ciudadanos se entregan a la diversión, tanto en el municipio de Barranquilla como en todos los municipios del departamento, y por cuanto "...ante el peligro a que se exponen las oficinas públicas que funcionan en este Distrito de ser invadidas por sujetos indeseables e irresponsables amparados con caretas y disfraces, se procede a mantenerlas cerradas, por fuerza mayor".

La Procuraduría Regional envió una comunicación al Tribunal señalando que los días de carnaval no son de vacancia de conformidad con la legislación vigente. Para responderla el Tribunal dictó el Acuerdo número 1048 del 11 de febrero de 1983, en virtud del cual se ratificó el anterior, por cuanto en esa sección del país los días de carnaval, por decreto de la alcaldía, son "feriados cívicos" y por cuanto durante esa época se trastorna la vida ordinaria, creando un ambiente de licencia y permisión excepcionales, estimulado por el inmoderado consumo de alcohol que crea un clima no propicio para la administración de justicia, ya que en esos días aumentan las oportunidades para atentar contra los funcionarios públicos. Este último Acuerdo no fue suscrito por los Magistrados Nohora Esther Acuña de García y Esteban Páez Polo quienes se hallaban en permiso presidencial.

3° Dentro de la etapa investigativa rindieron indagatoria los doctores Luis Alberto Peñaranda Stegman (fl. 19) Carlos Campo Donado (fl. 28), Alba del Socorro de la Hoz de Pacheco (fl. 35), Arturo Vargas Ripoll (fl. 42), Nohora Esther Acuña de García (fl. 49), Fernando González de Sola (fl. 106), Roberto Fabio Herrera Orozco (fl. 114), Esteban Páez Polo (fl. 122) y José María Torres Vergara (fl. 132).

Aun cuando, como es obvio, no todas las diligencias de indagatoria son idénticas, las explicaciones que brindaron los señores Magistrados sindicados coinciden en algunos aspectos sustanciales. Dichas explicaciones podrían ser sintetizadas así:

5° Rindieron declaración los doctores Enrique Nieto Carroll (fl. 149), Pablo José Cervera (fl. 154), José Rafael Palacio (fl. 159), Selfia Cortés de Garzón (fl. 165), Jeremías Flórez Romero (fl. 204) y Dante Luis Fiorillo Porras (fl. 236), todos ellos ex-Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla. Manifestaron que desde épocas inmemoriales se han cerrado las oficinas judiciales de dicha ciudad durante los días lunes y martes que preceden al miércoles de ceniza, dedicados a la celebración de carnaval, en razón de que durante esos días el pueblo se lanza en forma incontrolada al festejo dentro del cual el alcohol y los disfraces son característicos, de modo que esa exaltación hace imposible la tarea de administrar justicia, no sólo porque la música, la comparsa y las sustancias que se emplean contra las personas dificultan en grado sumo el trabajo, sino por el peligro que representa el que sujetos disfrazados puedan atentar contra la integridad de los servidores públicos. Estos ex-magistrados aceptaron haber suscrito en pasadas ocasiones acuerdos que disponían el cierre de actividades durante los días indicados.

El doctor Abel Francisco Carbonell (fl. 61), quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Gobernador del Atlántico, manifestó que durante los días lunes y martes de carnaval hay parálisis total tanto de las actividades públicas como privadas, en todo el departamento. Durante el carnaval las fuerzas de policía se concentran en jornada ininterrumpida a vigilas (sic) los espectáculos públicos "por tal causa una vigilancia especial de las dependencias del Tribunal Superior, como a las personas de sus magistrados y empleados, implicaría un análisis conjunto con el señor comandante de policía de esta sección que lógicamente traería como consecuencia que se destacara un personal de policía para este efecto en detrimento de la vigilancia general". En estas condiciones es imposible garantizar la seguridad de los funcionarios y empleados.

Así mismo el alcalde de Barranquilla informó que durante los días lunes y martes de carnaval permanecen cerradas todas las oficinas municipales. Este funcionario dictó el Decreto número 022 del 14 de enero de 1983, mediante el cual "se permite en la ciudad toda clase de disfraces y regocijos públicos".

6° Obra en autos (fls. 72 y ss.) copia de acuerdos dictados en diversos años que comprueban que tradicionalmente el Tribunal de Barranquilla ha cerrado sus oficinas durante los días de carnaval.

7° Se aportaron constancias sobre determinaciones tomadas por distintas entidades oficiales que autorizaron el cierre de oficinas durante los días de carnaval. La Superintendencia Bancaria (fl. 232) aprobó el cierre de las entidades bancarias "teniendo en cuenta las circunstancias de inseguridad". Similares medidas tomaron el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 240) y el Instituto de Crédito Territorial (fl. 242).

8° Con la copia de varios acuerdos se acreditó que el Tribunal Superior de Barranquilla autorizó a la mayoría de los jueces de ese Distrito Judicial para residir en la ciudad mencionada.

9° El Juez Segundo Superior de Barranquilla expidió certificado en el que indica que en su despacho cursa un proceso dentro del cual no se han identificado procesados, por el homicidio de José María Amarís Tatis, ex-Juez Séptimo Penal

Todos los funcionarios indagados aceptan haber dictado y cumplido el Acuerdo del 3 de febrero de 1983. La mayoría de ellos considera que el artículo número 121 del Código de Procedimiento Civil los facultaba para tomar esa determinación y por cuanto los días de carnaval son días cívicos feriados en virtud de actos de naturaleza administrativa emanados de agentes gubernamentales.

Afirmaron, de otra parte, que especiales circunstancias de hecho no solo aconsejable sino necesaria la adopción de la medida que tomaron, pues el carnaval de Barranquilla es un acontecimiento social que trastorna en forma notoria la actividad ciudadana, pues gentes de toda condición y origen se embriagan inmoderadamente y disfrazados participan en las festividades dentro de las cuales se lanzan harina y otras sustancias (sic). En estas condiciones y ante la vigilancia deficiente es prácticamente imposible desempeñar la labor de administración de justicia sin el riesgo de verse sometido a vejámenes o irrespetos y aun a atentados contra la propia integridad por parte de enmascarados, como ocurrió en alguna de las pasadas festividades carnestoléndicas cuando se dio muerte a un juez por personas que no han podido ser identificadas.

Durante los días de carnaval no se abren las oficinas públicas del orden departamental y municipal; por autorización de la Superintendencia Bancaria, los bancos no tienen despacho al público, medida que también han tomado las dependencias del Ministerio de Hacienda y otras entidades de carácter oficial. El cierre de los despachos públicos obedece a la imposibilidad para trabajar durante esos días y busca precaver que las oficinas o los funcionarios puedan ser objeto de atentados, de modo que cuando el Tribunal dictó la Resolución que dio lugar a esta investigación lo hizo para garantizar la integridad de funcionarios y empleados, para proteger los despachos, para salvaguardar la majestad y respetabilidad de la justicia y para que no se menoscabara el debido proceso, habida cuenta de la dificultad que tendrían los abogados para acudir a los juzgados y al Tribunal para cumplir adecuadamente con sus deberes. Estas oficinas se hallan en el Centro Cívico de Barranquilla, edificio que tradicionalmente permanece cerrado durante esas festividades.

También manifestaron los señores magistrados indagados que el acuerdo se dictó en obedecimiento a una muy larga tradición, de modo que todos los años se repetía el texto de la misma providencia que había sido proferida en los años anteriores sin que jamás se hubiera presentado discusión alguna sobre su legalidad.

De otra parte, destacaron algunos de los indagados, se dispuso el cierre de todos los despachos judiciales del distrito, porque los carnavales se celebran en todos los municipios del departamento y por cuanto, además, la casi totalidad de los jueces han sido autorizados para residir en Barranquilla, quienes ante la ausencia o notoria disminución del transporte, tanto urbano como intermunicipal, no pueden acudir a sus oficinas.

Los doctores Nohora Esther Acuña de García y Esteban Páez Polo no suscribieron el Acuerdo del 11 de febrero de 1983, por cuanto para esa fecha se hallaban en permiso conferido por la Presidencia del Tribunal.

4° Con la prueba documental que obra en los folios números 194 y 264 del cuaderno de la Procuraduría se acreditó la defunción del doctor Alvaro García Solano, quien también suscribió los acuerdos que originaron estas diligencias.

Municipal, "...en hechos ocurridos en esta ciudad el día 26 de febrero de 1979 (lunes de carnaval), a las 2:30 p.m. en la calle 93 No. 49C-130, cuando personas disfrazadas que se movilizaban en un automóvil con placas guajiras, dispararon varios veces contra Amarís Tatis, dándose a la fuga" (fl. 182).

10. Producido el cierre de la investigación presentaron alegatos el Procurador Delegado y el señor apoderado de algunos de los magistrados sindicados.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que la determinación que tomaron los funcionarios indagados es manifiestamente contraria a la ley, porque de conformidad con las disposiciones vigentes (artículos números 126 del Decreto número 250 de 1970, 2° a 4° del Decreto número 546 de 1971 y 1° de la Ley 31 de 1971), los días de carnaval no estarán incluidos dentro de aquéllos legalmente contemplados como de vacancia judicial, de suerte que el acuerdo que dispuso el cierre de los despachos contradice abiertamente la normatividad vigente. Además, asevera que si bien es verdad que el carnaval genera alguna alteración en la actividad ciudadana, pueden tomarse medidas de precaución para superar o evitar hechos que afecten el normal cumplimiento de los deberes. Pide, por tanto, que se profiera auto de proceder en contra de los sindicados por el delito de prevaricato y que, en relación con el doctor Alvaro García Solano, cuya defunción se acreditó, se disponga la cesación de procedimiento.

El señor apoderado, por su parte, encuentra que los señores Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla al dictar los acuerdos que ordenaron la suspensión de términos y el cierre de los despachos judiciales, durante los días lunes y martes de carnaval "procedieron con la profunda convicción de que actuaban conforme a derecho". Esta condicción encuentra contundente arraigo probatorio, especialmente por la circunstancia de que año tras año y desde mucho tiempo atrás se venían profiriendo medidas de similar naturaleza, sin que en manera alguna se hubiera cuestionado la conducta de quienes las suscribieron, ya que el carnaval es un acto de locura breve y colectiva que conmueve avasalladoramente todos los estamentos de la comunidad, al punto de constituir situación de fuerza mayor. Afirma que la conducta de sus representados está exenta de dolo y, por lo tanto, solicita que se les sobresea de manera definitiva.

Considerandos

Tipicidad. Constituye vedad incontrovertible dentro del proceso, que los doctores Luis Alberto Peñaranda Stegman, Carlos Campo Donado, Alba Luz del Socorro de la Hoz de Pacheco, Arturo Vargas Ripoll, Nohora Esther Acuña de García, Fernando González de Sola, Roberto Favio Herrera Orozco, Esteban Páez Polo, José María Torres Vergara y Alvara (sic) García Solano, en su calidad de Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, profirieron el Acuerdo número 1045 del 3 de febrero de 1983, en virtud del cual suspendieron los términos y ordenaron el cierre de los despachos judiciales de ese distrito, durante los días lunes 14 y martes 15 de febrero de 1983, con ocasión de los carnavales que se celebran en aquella región del país. Este acuerdo fue ratificado por el número 1048 del mismo año, que no suscribieron los Magistrados Acuña de García y Páez, quienes autorizados por permiso presidencial no estuvieron en la sesión respectiva.

La administración de justicia es un servicio público a cargo del Estado que se presta en forma continua y, consecuencialmente, los despachos judiciales deben permanecer abiertos durante las horas hábiles, a excepción de los días legalmente señalados como de vacancia judicial. El artículo número 126 del Decreto número 250 de 1970, modificado por el artículo 1º de la Ley 31 de 1971 establece que son días de vacancia judicial los domingos y festivos, cívicos o religiosos, que determine la ley y los de la Semana Santa; además los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero del siguiente para las corporaciones judiciales y juzgados que disfruten de vacaciones colectivas. Estas previsiones fueron reiteradas por los artículos números 107 y siguientes del Decreto número 1660 de 1978.

Los días festivos, cívicos o religiosos, son los expresamente señalados en la Ley 51 de 1983, modificatoria del artículo número 177 del Código Sustantivo del Trabajo y de las Leyes 37 de 1905, 57 de 1926, 35 de 1939 y 6ª de 1945. Es obvio que se trata de estos días y de ninguno otro, porque la Ley 31 de 1971 prescribe que la vacancia comprende los días festivos "que determine la ley".

De otra parte el artículo número 127 del Decreto número 250 de 1979, establece que en las oficinas judiciales y del Ministerio Público debe haber despacho de lunes a viernes de 8 a.m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m. y los sábados de 8 a.m. a 12 m., con la aclaración a que alude el artículo número 28 del Decreto número 546 de 1971, sobre la atención al público por los funcionarios.

A su vez el Código de Procedimiento Civil en su artículo número 112 preceptúa que el despacho no podrá cerrarse por la práctica de diligencias judiciales y establece que cuando ellas hayan de realizarse el funcionario deberá nombrar un secretario ad-hoc, *preferentemente empleado, con el fin de que éste pueda atender la continuidad en la prestación del servicio. Esta disposición establece el cierre extraordinario de las oficinas por razón de inventario general y de visitas autorizadas por la ley, de manera que cuando el artículo número 121 del mismo ordenamiento alude a los casos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho, para el efecto de contabilización de términos, está necesariamente haciendo referencia a estos días en que la propia ley autoriza el cierre extraordinario.*

Las precedentes consideraciones permiten deducir que las oficinas judiciales solo pueden cerrarse —en horas hábiles— en los días de vacancia, de modo que cuando los señores Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla dictaron un acuerdo en virtud del cual se disponía el cierre de los despachos correspondientes a ese distrito, durante los días lunes y martes de carnaval, profirieron resolución manifiestamente contraria a la ley, por cuanto esos días no están incluidos dentro de los festivos que determina la ley, ni se trataba de ninguno de los casos en que la legalización procesal civil autoriza el cierre extraordinario de los juzgados.

En estas condiciones la conducta de todos los servidores públicos que fueron oídos en diligencia de indagatoria dentro del presente proceso se adecúa a la descripción típica del artículo número 149 del Código Penal que define el delito de prevaricato, pues en su condición de servidores públicos profirieron resolución que contrariaba en forma ostensible el ordenamiento legal.

Antijuridicidad. La conducta que se atribuye a los funcionarios sindicados es, además, antijurídica porque con ella se lesionó el bien jurídico de la administración pública en cuanto al interés que tiene el Estado de que el servicio de la administración de justicia se preste en forma permanente, eficaz y oportuna. Además, en el caso presente no concurre ninguna de las causas que justifican el hecho.

Culpabilidad. Tanto los magistrados sindicados como el señor apoderado de algunos de ellos han destacado la ausencia de culpabilidad en el comportamiento de los autores de la citada resolución, de modo que la Sala deberá ocuparse del estudio de esos planteamientos.

No sólo los procesados y su apoderado, sino varias de las personas que declararon dentro de la investigación, han afirmado de manera enfática que el carnaval de Barranquilla, que además se celebra en todos los municipios del departamento, constituye un hecho social de características tan especiales que impide de manera absoluta el desempeño de las tareas judiciales, de suerte que el acuerdo por medio del cual se dispuso el cierre de las oficinas y la suspensión de términos, obedece a un mero reconocimiento de la situación de fuerza mayor que tal hecho genera. En efecto, las comparsas, la música, los participantes disfrazados, generalmente ebrios, con comportamientos propios de personas que liberan instintos reprimidos y frustraciones acumuladas no permiten el normal funcionamiento de los juzgados, que además, en caso de abrirse, se verían expuestos a vejámenes e irrespetos, lo mismo que los funcionarios y empleados cuya integridad personal podría correr peligro.

El Código Civil en su artículo número 64 define la fuerza mayor o caso fortuito como "el imprevisto a que no es posible resistir" y el Código Penal en su artículo número 40 consagra el caso fortuito y a la fuerza mayor como causas de exclusión de la culpabilidad.

Conviene señalar, no obstante, que no siempre la presencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor, constituyen causas de inculpabilidad, sino eventos en los cuales no hay acción jurídicamente considerada, que son aquéllos en las que el agente no tiene dominio del hecho, de modo que no le puede ser atribuido causalmente. Para que exista la aludida causal de inculpabilidad es necesario que pueda predicarse la típica antijuridicidad de la conducta, solo que subjetivamente no le es reprochable al agente por la inevitabilidad del resultado.

En estas condiciones para que pueda hablarse de la fuerza mayor o del caso fortuito con la connotación de causa de inculpabilidad, es necesario que el hecho típicamente antijurídico haya ocurrido por la presencia del imprevisto a que no es posible resistir; en otras palabras, que la conducta realizada por el agente constituye algo inevitable o insuperable.

En el caso que ahora se estudia es obvio que el acuerdo dictado por los señores magistrados sindicados no era algo inevitable ni surgió ante la presencia de un hecho de tal modo insuperable que impedía la elección de respuesta diferente, con mayor razón si se tiene en cuenta que cuando se dictó, el hecho que pretendía ser superado aún no había tenido ocurrencia y, por lo tanto, se ignoraba para entonces si podía tener el carácter de irresistible o de inevitable a que se ha hecho referencia. Quizá el comportamiento de los magistrados oídos en indagatoria tenga mayor relación con la

llamada no exigibilidad de otra conducta que no contempla la legislación vigente, aun cuando ella en el fondo constituye la base teórica de todas las causas de justificación y de inculpabilidad.

Encuentra la Sala, sin embargo, que no hay culpabilidad en la conducta de los sindicados por la presencia de un error de tipo, que tiene ocurrencia cuando el agente se equivoca sobre uno cualquiera de los elementos consagrados en la concreta descripción de la figura imputada. En efecto, tanto en el acuerdo cuya ilegalidad se ha destacado, como en las diligencias de indagatoria, se parte de la afirmación de que dicha resolución podía ser dictada conforme a la normatividad vigente y concretamente porque tal conducta la autorizaba el artículo número 121 del C. de P. C. Dicho en otros términos, que quienes suscribieron la medida cuestionada obraron con la convicción errada e invencible de que en su acción no concurría alguna de las exigencias para que el hecho correspondiera a su descripción legal y, concretamente, su yerro recayó sobre el ingrediente de naturaleza normativa consagrado en el prevaricato, pues no tuvieron conciencia sobre la manifiesta ilegalidad de la determinación tomada.

Estimaron los procesados que estaban facultados por el artículo número 121 del C. de P. C. para disponer el cierre de los despachos judiciales, cuando realmente, como a través se vio, dicha norma tiene alcance diferente. El aludido error está apoyado en bases fácticas de insoslayable importancia, pues desde tiempos inmemoriales se venía tomando idéntica determinación para la época de los carnavales, sin que jamás se hubiese criticado el comportamiento de las personas que en épocas pasadas suscribieron y adoptaron igual medida. Esta actitud asumida desde épocas inmemoriales constituye una inveterada tradición respaldada con acuerdos que se repetían en forma casi mecánica cada vez que se aproximaban los carnavales, tal como se demuestra con la copia de dichos acuerdos cuya redacción es casi la misma en todos ellos.

La tradición a que se hizo referencia trajo como consecuencia que en los magistrados sindicados no existiera el más mínimo sentido de la reprochabilidad de su conducta, esto es, actuaron sin tener conciencia de la ilicitud del comportamiento realizado y por lo tanto, sin dolo.

Además, el propio artículo número 121 del ordenamiento procesal civil al expresar que no se cuentan los términos cuando por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho, es de una notoria ambigüedad generalizante que hace propicio el error sobre su verdadero alcance y, consecuencialmente, sobre el sentido del tipo penal que define el prevaricato referido a la manifiesta ilegalidad de la resolución tomada, conciencia que no existió habida cuenta de la equivocada interpretación de la norma extrapenal que conforma el ingrediente normativo del citado delito contra la administración de justicia.

De otra parte, el carnaval de Barranquilla se inicia con un decreto de la Alcaldía lo que llevó a los indagados a la creencia de que por tal motivo la celebración correspondía a los días cívicos que autorizan la vacancia, interpretación ésta que tiene respaldo en alguna decisión del Consejo de Estado que le dio a dichos días el carácter de festivos y a la cual hizo referencia uno de los procesados (auto del 16 de febrero de 1982, fl. 224).

Las presentes apreciaciones llevan a la Sala a la conclusión de que los magistrados sindicados actuaron en virtud de un error sobre la descripción del tipo penal que se les ha atribuido y, por lo tanto, sin culpabilidad, razón por la cual deberán ser sobreseídos definitivamente.

Como en auto está acreditado el fallecimiento del doctor Alvaro García Solano deberá ordenarse la cesación de la correspondiente acción penal, en obedecimiento a lo dispuesto por los artículos números 76 del Código Penal y 153 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

1° SOBRESEER definitivamente a los doctores Luis Alberto Peñaranda Stegman, Carlos Campo Donado, Alba del Socorro de la Hoz de Pacheco, Arturo Vargas Ripoll, Nohora Esther Acuña de García, Fernando González de Sola, Roberto Fabio Herrera Orozco, Esteban Páez Polo y José María Torres Vergara, por los hechos que se les atribuyeron dentro de la presente actuación sumarial y que dieron origen a su indagatoria, en atención a las razones aducidas en la motivación.

2° ORDENAR la cesación del procedimiento adelantado contra el doctor Alvaro García Solano, por cuanto la acción penal se extinguió por muerte del procesado.

3°. En firme esta providencia, archívese la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez (Fdo), *Julio Rozo Rozo* (Fdo) Conjuez, *Gustavo Gómez Velásquez* (Fdo), *Luis Enrique Aldana Rozo* (Fdo), *Bernardo Gaitán Mahecha* (Fdo) Conjuez, *Alfonso Reyes Echandía* (Fdo).

ACLARACIÓN DE VOTO

Aclaramos nuestro voto en el sentido de que si bien compartimos la decisión de sobreseimiento definitivo en favor de los Magistrados del Tribunal de Barranquilla, nos parece que la motivación no consiste en que hayan incurrido en un error de tipo, sino más bien en un error de prohibición. De esta manera la exculpación deviene no porque hayan realizado el hecho con la convicción errada e invencible de que no concurría en su acción cualquiera de las exigencias necesarias para que el hecho correspondiera a la descripción legal del prevaricato (artículo número 149 del C. P.), sino porque realizaron el hecho con la convicción errada e invencible de que obraban justificadamente.

El prevaricato está descrito así: "el empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

Los Magistrados del Tribunal de Barranquilla ordenaron la suspensión de términos y el cierre de los despachos judiciales, "por motivo de la celebración de los Carnavales de Barranquilla y demás municipios del departamento". Fundamentaron su decisión en el artículo número 121 del Código de Procedimiento Civil.

Dos resoluciones fueron tomadas en verdad; el cierre de los despachos judiciales y la suspensión de términos consecuencial. A juicio de los suscritos, la suspensión de términos era procedente en la medida en que se ordenaba el cierre por dos días, el lunes y el martes; en efecto, el artículo número 121 del C. de P. C. ordena que no se tengan en cuenta los días en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho y como los magistrados ordenaron el cierre los días lunes y martes, la suspensión era legal.

De esta manera (sic) el juzgamiento procede únicamente por haber ordenado el cierre. No parece, en este caso, que los Magistrados puedan excusarse diciendo que creyeron que no era "manifiestamente contrario a la ley" ordenar el cierre, porque no hay ley, decreto o norma alguna que autorice tal cierre, en la medida en que, como lo expresa la ponencia, los días de vacancia judicial están expresamente señalados en la ley. Y no hay norma que sea oscura, o de variada interpretación en esta materia, que pudiera inducir en error a los magistrados. En el capítulo sobre la tipicidad de la conducta, se ve con toda claridad, en el fallo, cómo la ley precisa los días de vacancia judicial.

La Corte ha dicho que el juicio sobre la interpretación que las personas hacen de la ley varía "de acuerdo con las características personales del actor y con las circunstancias que rodearon su acción u omisión; no puede exigírsele idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que a un profesional, a un particular que a un Juez de la República; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más difícil desentrañar su verdadero significado, a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión" (C. S. de J., Sentencia del 13 de agosto de 1980).

Los Magistrados del Tribunal de Barranquilla no podían ignorar ni errar sobre el contenido y alcance de las normas sobre vacancia judicial. Tampoco sobre que toda resolución contraria a la ley origina prevaricato cuando se hace intencionalmente.

Ni pueden, ni podían afirmar que lo que hicieron no se encontraba fuera de la ley expresa, que regula la vacancia judicial.

En cambio, si creyeron que porque era una tradición y porque los carnavales crean una situación extraordinaria que impide trabajar en condiciones normales, era procedente el cierre y que éste estaba justificado en esos hechos, si además, es tradición que tales días son cívicos en la localidad. Desde luego, esa tradición y la naturaleza de los carnavales no ha sido recogida por la ley, pero sí por la costumbre y por la naturaleza de los carnavales que según los magistrados crean una circunstancia de fuerza mayor, previsible pero irresistible.

La exculpación no cabe en este caso por razón de la fuerza mayor, pero sí por haberse creído que se obraba justificadamente. Con lo cual, no se trata de un error de tipo, completamente improcedente a nuestro juicio, sino de un error sobre la antijuridicidad de la conducta. En multitud de casos los límites entre el error de tipo y el error de prohibición no son claros y es difícil escindirlos (sic) en virtud de que a través del tipo se descubre la antijuridicidad, o como se dice en la doctrina, la tipicidad es indicio de la antijuridicidad. Hay multitud de errores de tipo que al mismo tiempo semejan errores de prohibición y viceversa.

El error de tipo se presenta cuando hay equivocación sobre una circunstancia objetiva perteneciente al tipo del injusto, sea de naturaleza descriptiva o normativa; en la primera hipótesis se alude a lo material de la acción física, en la segunda a lo normativo. En el error de prohibición o se desconoce la existencia de la norma incriminadora, o se interpreta erróneamente su existencia, o se supone erróneamente que se obra frente a la norma amparado por causal justificación. A este error de prohibición es que se llama error sobre la antijuridicidad.

A nuestro juicio, este fenómeno fue el que se dio en el caso de los Magistrados de Barranquilla. Si no podían ignorar la ley, ni estaban en situación de obrar creyendo que las normas establecían la vacancia judicial, o que la cobijaban en situación de carnavales, recurrieron a una motivación de tipo situacional que les hizo pensar que era fuerza mayor, y que siendo tradicional justificaba el cierre. Con lo cual no se erraba sobre el significado del tipo penal ni en lo objetivo ni en lo normativo, sino sobre la procedencia legítima de lo que se hacía. En este caso con ausencia de dolo y sin conciencia de ilicitud.

Creyeron los Magistrados del Tribunal de Barranquilla que en ejercicio del cargo de Magistrados obraban legítimamente ordenando el cierre de los despachos, porque era tradicional hacerlo y porque las circunstancias del carnaval lo hacían necesario.

Erróneamente creen que en ejercicio de la Magistratura pueden tomar esa decisión y la toman para su propio Tribunal y para todos los depachos judiciales del departamento.

Además en uso del artículo número 121 del C. de P. C. suspenden términos, ésto con arreglo a la ley por cerrarse el despacho. No existiendo la facultad de ordenar el cierre obraron contrariamente al derecho, pero erróneamente. Esto es lo que hace que el asunto se vuelva causal de exculpación, porque se obró creyendo que la conducta estaba justificada. Creemos que en el caso de autos esta es la real valoración que en función del jucio de reproche puede hacerse y que no cabe ninguna otra.

Gustavo Gómez Velásquez (Fdo.), *Bernardo Gaitán Mahecha* (Fdo.) Conjuez, *Alvaro Luna Gómez* (Fdo.).

JUICIO CON INTERVENCION DE JURADO. SENTENCIA

Si el jurado encontró que en el expediente militaban pruebas suficientes para producir el veredicto que produjo, la Corte debe respetar su decisión ya que los funcionarios de instancias que serían los llamados a tomar medida procesalmente válida, no lo estimaron del caso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta número 19.

Bogotá, febrero veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el sentenciado Alfredo Narváez Murcia y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva mediante la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Segundo Superior de aquella ciudad, condenó al primero a la pena principal de diez años de prisión, a más de las accesorias correspondientes, como autor del delito de homicidio en Alfredo Cortés Díaz.

HECHOS

Tanto el abogado recurrente como el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, tomándolos de la sentencia de segunda instancia los presentan, así:

"Alfredo Cortés Díaz era poseedor de una parcela en la vereda Llano Norte del municipio de Campoalegre, en la que cultivaba arroz, utilizando agua de una acequia, líquido que compartía con otros parceleros y con Ismael Narváez Fierro, su inmediato vecino, y en la tarde del domingo 25 de octubre de 1981, Cortés Díaz partió de la zona urbana de Campoalegre en una bicicleta hacia su parcela para ponerle agua, con la circunstancia de que no regresó a su residencia, y al día siguiente el jornalero Antonio Cárdenas Rojas, quien trabajaba a su servicio partió hacia la parcela de su patrono a empezar la semana de labores, pero no lo encontró en el

campamento y al continuar su marcha hacia las tupias o controles del agua en la acequia, se encontró con el cadáver de Cortés Díaz, y de este hecho dio cuenta a la autoridad, y el Inspector Municipal de Policía y Tránsito de Campoalegre practicó el levantamiento del cadáver hacia las nueve de la mañana, y al observar los despojos mortales de Cortés Díaz le encontró múltiples perforaciones de munición en la espalda y en los bolsillos la billetera con $1.340.00 en billetes" (fls. 52 y s.s. cuadro número 12).

La demanda

Trae los hechos conforme a la relación del Tribunal y en el largo resumen del proceso, con acentos propios de alegato de instancia, destaca algunos aspectos que luego habrá de tener en cuenta en el desarrollo del único cargo que formula:

En la audiencia pública se decretó una inspección judicial sin sometimiento a los requisitos de ley (Código de Procedimiento Penal, artículos números 501, 513 y 224) la cual se cumplió, y gentes extrañas al proceso ilustraron a los jurados; en vehículo facilitado por la parte civil, viajaron el juez, el secretario, el vocero y los jurados y en otro la defensa, la fiscalía, el preso y dos guardianes; uno de los jurados estuvo hablando con el papá del apoderado de la parte civil.

Cargo único

Causal invocada: la cuarta del artículo número 580 del Estatuto Procesal Penal: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

La enuncia: a lo largo del juicio "se violó el artículo número 26 de la Constitución Nacional porque se menoscabó gravemente el derecho de Alfredo Narváez Murcia (defensa material) al no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio o sea, el debido proceso, puesto que se omitió la práctica de pruebas fundamentales para aclarar su conducta; se practicó a instancias de la acusación pública, una prueba totalmente ilegal durante la audiencia y para completar el cuadro macabro de las violaciones dictadas por la venganza, es necesario decir que a los ojos del juez, del secretario, de la defensa y del público los jurados conversaban sin motivo y amasando su descrédito sin ningún pudor, con la viuda adolorida y con el padre del apoderado de la parte civil, humanamente interesado en el oropel del triunfo, así el carro de la victoria arrollara a la justicia".

En orden a demostrarlo expone:

Según jurisprudencia de la Corte, tratándose de casos con intervención del jurado, no es posible alegar la causal primera de casación.

Señala los cuatro indicios de responsabilidad que condensó el Tribunal: móvil del crimen, enemistad creada entre los protagonistas de la tragedia, oportunidad para la ejecución del homicidio y los Narváez tenían un tipo de arma semejante a la utilizada para consumar el delito.

Pero critica: las pruebas que llevaron a la anterior estructuración indiciaria no permitieron que los funcionarios, la acusación ni la defensa "notaran la ausencia de prueba fundamental que pudo completarlo o desvirtuarlo en descargo de los implica-

dos". Por ejemplo: no se practicó el examen y análisis de balística a la escopeta calibre 12 que dijeron poseer los Narváez para determinar los puntos que él ahora precisa; tampoco se hicieron pruebas con la escopeta calibre 20 para estudiar puntos semejantes, ya que en el sitio de los hechos se encontraron cartuchos para esta clase de armas; no se practicó prueba de guantelete a los sindicados ni a los testigos que estuvieron cerca al lugar de los hechos; no se puntualizó técnicamente la hora de la tragedia; no se recibieron los testimonios de todas las personas a quienes Alfredo Narváez prestó una herramienta. Luego no se cumplió el debido proceso.

También se quebrantó el derecho de defensa porque se decretó y practicó durante la audiencia una inspección judicial, con violación del artículo número 502 del Código de Procedimiento Penal y porque en ella, según el libelista, algunas gentes del lugar, no juramentadas, despejaron algunas dudas. Luego no fue prueba legalmente producida. También repite la manera como se verificó el transporte a esa diligencia; las conversaciones del padre del apoderado de la parte civil y de la viuda de Cortés con los jurados de conciencia, las cuales fueron públicas, de donde se deduce que no hubo garantía de imparcialidad.

Habla acerca de las formas de defensa: formal y material y de que: "en el caso de autos se impidió por desidia o por inexperiencia, que llegara al proceso la verdad portada seguramente, por los medios de prueba omitidos y que a estas alturas ya será imposible respecto a muchos de ellos, producirlos" lo cual no tiene porqué soportar el sindicado ya que "tiene el derecho a que oficiosamente y oportunamente se recaude la prueba", a fin de establecer lo señalado por los artículos números 318, 319 y 220 del Código de Procedimiento Penal. Luego se violó el debido proceso garantizado por la Constitución no solo en atención a lo anterior, sino porque la práctica de la inspección judicial a la cual se ha referido, no se sometió a las disposiciones legales sobre esa materia.

En consecuencia solicita "se case o invalide la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, procediéndose de acuerdo con el numeral 3° del artículo número 583 del C. de P. P.".

Ministerio Público y parte civil

El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal luego de presentar los hechos en los mismos términos antes transcritos y de formular un acertado resumen de la actuación procesal y de la demanda, pasa a hacer sus razonamientos sobre ésta, a los cuales adelante se harán las referencias pertinentes, para concluir que la sentencia impugnada debe mantenerse, porque el cargo levantado en su contra no está llamado a prosperar.

Por su parte el apoderado de la parte civil, en alegato oportunamente presentado, da sus razones adversas a las pretensiones del Casacionista y pide que la providencia se mantenga en firme por esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

El planteamiento de acusación a la sentencia propuesto por el censor en el fondo viene a consistir en que por no haberse practicado algunas pruebas que concretamen-

te no se determinan y por haberse practicado, en su concepto de manera irregular, con quebrantamiento de la ley, una diligencia de inspección judicial durante la audiencia pública, no se contó con los suficientes elementos de juicio sobre los cuales pudiera anclarse una sentencia condenatoria contra su patrocinado. Eso, se repite, en el fondo.

El razonamiento anterior comporta un olvido de determinadas reglas procesales que rigen en casos como el sometido a consideración. En efecto:

De acuerdo con la 215 del Estatuto Procesal Penal, "no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente reproducidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Más esa valoración y ponderación de la prueba para llegar a la conclusión de poder y deber dictar sentencia condenatoria corresponde hacerla, verificarla, llevarla a término al funcionario o a la persona o personas o a la entidad a la cual la misma ley le haya fijado la respectiva competencia.

Cuando en orden a proferirla la ley exige la intervención del jurado, como en el caso presente, entonces esa misión acabada de indicar corresponde desarrollarla al llamado tribunal popular el cual, fuera de su propia conciencia, no tiene otro límite para llevarla a efecto según la nobilísima fórmula de su juramento: "sin atender voz distinta de la de vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga" (C.P.P. artículo número 560), lo cual se remata y rubrica con la prohibición expresa a sus integrantes de "tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces" (id. 561).

De manera que el jurado, en sí mismo considerado, es omnímodo para valorar la prueba, puesto que nadie puede llegar a entrabarle las decisiones y determinaciones de su propia conciencia.

Cosa perfectamente distinta es que otras autoridades, otros funcionarios a quienes la ley señala principios distintos para la valoración de las pruebas, encuentre que, según su recto criterio, respetando el del jurado, aquella determinación plasmada en el veredicto sea contraria a la evidencia de los hechos o contradictoria o confusa a tal extremo que no pueda racionalmente entenderse su verdadera significación. En estos últimos casos y sin que tal medida por sí sola implique cargo de prevaricato contra los jurados, toma determinación de dejar sin ningún valor lo expresado por ellos.

Pero esta medida, dentro de la legislación colombiana, solo pueden tomarla los funcionarios de primera y de segunda instancia por expresa disposición de la ley (C.P.P. artículos números 565, 567).

En consecuencia no es válido el reproche que se formula a la jurisprudencia de la Corte en cuanto critica adversamente la proposición de la causal primera de casación en los juicios en que interviene el jurado ya que ello, en cumplimiento de mandato legal (C.P.P. artículo número 583-1), implicaría el desconocimiento por parte de la corporación de la decisión del jurado para cambiarla por otra que fuera fruto de un incompetente proceder.

En estas circunstancias si el jurado encontró que en el expediente militaban pruebas suficientes para producir el veredicto que produjo, la Corte debe respetar su decisión ya que los funcionarios de instancias que serían los llamados a tomar medida procesalmente válida, no lo estimaron del caso.

En cuanto hace relación al otro aspecto que debe considerarse en atención a la esencia del cargo propuesto, la Sala está de acuerdo con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en cuanto réplica:

"En la segunda instancia se planteó esta situación de nulidad por falta de prueba contra el procesado, enjuiciado no obstante esta deficiencia afirmada y concretamente se hizo mención de la omisión del dictamen de expertos en balística, crítica, como se dijo, admitida por la fiscalía, pero rechazada por el Tribunal, considerando que no había lugar a declarar la contraevidencia del veredicto, porque los otros indicios conservaban valor suficiente; y lo dicho viene a reiterar lo ya observado, de que en últimas se trata de aspecto probatorio, que no puede ser objeto de examen en casación, en esta clase de procesos, dada la limitación ya expresada.

"También se hace referencia, para demostrar el quebranto de la defensa, a la práctica de inspección judicial en la audiencia, sin cumplir los requisitos de ley, los cuales refiere el actor en este caso, en la forma como debe formularse la solicitud de pruebas con indicación de su objeto y conducencia y puede hacerse la solicitud en la audiencia (artículos números 501 y 502 C.P.P.), como también que el auto respectivo debe indicar los puntos materia de examen, lugar, fecha y hora (artículo número 224 c. citado), prueba que tuvo incidencia en la decisión.

"Examinada el acta de audiencia, aparece que el juez de acuerdo con su facultad y atendiendo petición del Ministerio Público, dispuso dicha prueba, para comprobar determinados aspectos relacionados con los hechos y en especial los lugares y recorridos correspondientes; así se efectuó el examen pertinente a los lugares respectivos, como lo anota en forma detenida el acta de audiencia.

"Examinada ésta en relación con las objeciones reseñadas sobre la validez de la prueba, se halla que ésta fue oportunamente decretada por el juez, con conocimiento de las partes, quienes acudieron a la misma sin limitación, expresándose su objeto en forma concreta y en relación con la exposición del Ministerio Público, sin que por tales aspectos pueda merecer reclamo alguno; pues se dispuso por el funcionario, dentro de sus facultades en la audiencia, se indicó su objeto y a la misma pudieron acudir las partes y presentar si lo consideraban del caso, las peticiones, objeciones o aclaraciones que consideraran del caso; cumplió pues tal prueba, tanto en su decreto como en su realización, los requisitos necesarios, de publicidad y contradicción, sin que por tal motivo merezca reparo.

"Lo mismo puede decirse en cuanto al hecho de que con anterioridad se hubieran practicado otras pruebas o inspecciones judiciales en relación con el mismo aspecto; pues si el juez estimó pertinente la solicitud y conveniente para los fines del proceso, sin que mereciera rechazo alguno por las partes restantes, debe admitirse su validez, ya que la ley no contiene limitación alguna.

"Por este aspecto, tampoco se demuestra en concepto de este despacho la violación de las formas propias del juicio" (fls. 40 y ss.).

Por último y en relación con la charla que se dice hubo por parte del jurado con el padre del apoderado de la parte civil y con la viuda del occiso, debe recordarse que lo que prohíbe la ley (artículo número 561) a los integrantes de aquél es "tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces".

Pero nadie probó válidamente que las conversaciones a las cuales hace referencia el demandante hubieran versado sobre el asunto debatido. Más bien surge un contraindicio sobre el particular: el que si hubo cambio de palabras, ello debió ser ajeno a lo tratado, puesto que fueron públicas. Por último también ha de tenerse en cuenta que el juez de la causa procedió sobre este aspecto con arreglo a la ley, al formular las debidas advertencias.

En consecuencia, no habiendo prosperado el cargo único formulado y no mediando ninguna nulidad que deba decretarse de oficio, dando aplicación al artículo número 582 del Código de Procedimiento Penal, se desechará el recurso propuesto.

Lo anterior es suficiente para que 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, NO CASE la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la entidad de origen.

Cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

PROCESO CIVIL. CONDUCCION

El juez cuenta con razonable amplitud, sin que tenga que limitarse exclusiva y únicamente a escuchar y atender los requerimientos de las partes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 19.

Bogota, D.E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Por vía de apelación oportunamente interpuesta y debidamente sustentada por el denunciante, conoce la Corte de la providencia de 26 de abril de 1984, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla se abstuvo de iniciar sumario contra la doctora Anabella Varela de Bastidas, Juez 17 Civil Municipal de esa ciudad, a quien se atribuye la comisión del delito de prevaricato.

ACTUACIÓN PROCESAL

Carlos A. Mafiol Visbal, otorgó poder especial al abogado Alejandro Orjuela Hernández para promover un proceso de lanzamiento contra Nicolás Ortiz Escorcia y otros. El apoderado sustituyó luego el mandato en la doctora Nelly J. Badrán Díaz quien formuló la correspondiente demanda el 4 de agosto de 1983, la cual correspondió por reparto al Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla. El 14 de septiembre de ese mismo año, se presentó ante está oficina el escrito de sustitución de poder y las diligencias pasaron al despacho el 16 de septiembre (fls. 1, 2 y vto., 4 a 6 y 25 del cuaderno de fotocopias del proceso civil).

El 22 de los mismos mes y año la juez, doctora Anabella Varela de Bastidas, admitió la demanda y dispuso correr el traslado pertinente por diez días para su contestación, los cuales vencían el 6 de octubre siguiente (fls. 27 y vto. y 29 vto. *ibidem*).

El demandado Ortiz Escorcia confirió poder al doctor Pedro Pérez Orozco, quien presentó la contestación del libelo el 3 de octubre de 1983. A su escrito

acompañó varios recibos de pago de los cánones cuyo incumplimiento alegan los demandantes y afirmó que en el Juzgado 16 Civil Municipal de esa ciudad reposaban también dichos comprobantes, pues en ese despacho se adelantó un proceso de igual naturaleza, entre las mismas partes y que concluyó con sentencia inhibitoria. Solicitó que se allegara al expediente certificación de ese hecho y propuso, al mismo tiempo, excepción de pago (fls. 30, 31 a 42, 43 a 44 vto., 45 a 56 y 61 a 102 *ibidem*).

El 28 de noviembre del mismo año, el doctor Alejandro Orjuela Hernández reasumió el poder sustituido a la abogada Nelly J. Badrán Díaz (fl. 103 *ibidem*).

El 3 de diciembre siguiente el secretario pasó al despacho las diligencias con la información de que el término de traslado para la contestación de la demanda había vencido y que ésta se presentó en tiempo (fl. 104 *ibidem*).

Mediante auto de 9 de diciembre de 1983, la juez dispuso que "previo pronunciamiento en cuanto a la contestación de la demanda ofíciese al Juzgado 16 Civil Municipal con el fin de que certifique si en ese despacho se encuentra recibo de pago de cánones de arriendo del señor Nicolás Ortiz Escorcia y otros y a favor de Carlos Mafiol Visbal y otros..." (fl. 105 *ibidem*).

Contra esta decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de reposición, pero la funcionaria por auto de 3 de febrero de 1984, la mantuvo sin modificación (fls. 107 a 109 y 112 y vto. *ibidem*).

Esa determinación constituye el fundamento de la acusación penal formulada por el doctor Alejandro Orjuela Hernández contra la juez, doctora Varela de Bastidas por haber proferido, no solamente con manifesta morosidad la decisión de 9 de diciembre de 1983, sino también por ser dicha providencia "abiertamente ilegal" y violatoria de los artículos números 99, 180 y 434 del Código de Procedimiento Civil.

Surtida la ratificación de la denuncia el Tribunal dispuso la práctica de diligencias preliminares y se allegó al expediente copia auténtica del referido proceso de lanzamiento (fl. 19 del cuaderno del Tribunal).

Se acreditó en debida forma la calidad de juez que tenía la doctora Varela por la época de los hechos y el ejercicio del cargo (fls. 24 y 26 *ibidem*).

Para apoyar la decisión inhibitoria el Tribunal expresa que la funcionaria denunciada se pronunció dentro de los términos legales y que su determinación de decretar pruebas de oficio tiene respaldo en la facultad que le otorga la ley para indagar por hechos que tienen incidencia sobre el asunto que decide. Estima que el auto acusado de ilegal lo dictó la juez en aras de la economía procesal y sin incurrir en violación de los preceptos procedimentales ni en torcida aplicación de las normas.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la providencia recurrida, pues estima que al señalar el ordinal 7° del artículo número 434 del Código de Procedimiento Civil, que antes de proferir sentencia de lanzamiento se procederá a practicar las pruebas que hubieren sido pedidas o que el juez decrete de oficio, "se concluye que la determinación de la juez estuvo acorde con el procedimiento y por tanto no incurrió en delito contra la administración pública".

SE CONSIDERA

Dos son los delitos que el doctor Alejandro Orjuela Hernández atribuye a la doctora Anabella Varela de Bastidas:

1. Prevaricato por omisión, ya que, presentada la demanda de lanzamiento el 4 de agosto de 1983, la juez sólo vino a pronunciarse el 9 de diciembre de ese mismo año.

2. Prevaricato por acción porque la providencia mediante la cual dispuso la funcionaria solicitar oficiosamente al Juzgado 16 Civil Municipal de Barranquilla información acerca de la existencia de comprobantes de pago de cánones de arrendamiento por parte del demandado en favor del demandante, resulta manifiestamente ilegal puesto que las pruebas de oficio únicamente pueden ser decretadas en el término probatorio de las instancias o de los incidentes como lo precisa el artículo número 180 del Código de Procedimiento Civil y no en oportunidad procesal anterior como lo ordenó la juez.

Por separado los analizará la Sala:

.....

Este cargo carece de fundamento, pues como lo analiza el Tribunal y según se desprende de la propia secuencia del proceso, la funcionaria actuó con la prontitud y diligencia debidas.

En efecto, presentada la demanda y el memorial de sustitución del poder del abogado de la parte actora, el expediente entró al despacho el 16 de septiembre de 1983 y seis (6) días después la juez admitió el libelo y ordenó las notificaciones y traslados de rigor (artículo número 434, numeral 3° del C. de P. C.), fl. 27 de las copias del expediente civil.

Cumplido el término de contestación de la demanda, nuevamente las diligencias pasaron al despacho el tres (3) de diciembre del mismo año y el nueve (9) siguiente, o sea seis días después, la funcionaria dictó la providencia que motivó luego la denuncia (fls. 104 y 105 *ibidem*).

Manifiesta ilegalidad de la actuación oficiosa de la juez.

La nueva tendencia del Procedimiento Civil es la de otorgar razonable amplitud al juez en la conducción del proceso sin que tenga que limitarse exclusiva y únicamente a escuhar y atender los requerimientos de las partes.

Por eso el Código de Procedimiento Civil incluye entre los deberes del juez el "emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y para evitar nulidades y providencias inhibitorias" (artículo número 37, numeral 4°).

El artículo número 180 del mismo estatuto dispone que podrán decretarse pruebas de oficio en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente antes de fallar.

El artículo número 434, regulador del trámite del lanzamiento de arrendatario, permite, en su numeral 7° que el juez decrete de oficio pruebas antes de dictar sentencia.

En el caso que se examina, la juez denunciada, ante la afirmación que hiciera el apoderado del demandado Nicolás Ortiz Escorcia al contestar el libelo, en el sentido de que los cánones de arrendamiento que se tenían por impagados sí habían sido cubiertos, pero que la constancia obraba en otro juicio que se adelantó en juzgado distinto entre las mismas partes y por los mismos hechos, y que concluyó con decisión inhibitoria, y en presencia de la consecuencia procesal que se seguía al no acceder a la solicitud para que se pidiera al otro juzgado certificación oficial sobre el hecho que afirmaba, optó por hacerlo, como medida anterior a su decisión sobre la contestación del libelo. Por eso dijo en el auto cuestionado: "previo pronunciamiento en cuanto a la contestación de la demanda ofíciese al Juzgado 16 Civil Municipal con el fin de que certifique si en ese despacho se encuentra recibo de pago de cánones de arriendo del señor Nicolás Ortiz Escorcia y otros y a favor de Carlos Mafiol Visbal y otros" (fls. 105 del expediente del juicio civil).

En el fondo lo que hacía era decretar una prueba oficiosamente antes de fallar, pues, obviamente, si no aceptaba la petición que se comenta, no podía luego oír a la parte demandada y tenía que entrar a proferir el fallo (numerales 5° y 7° del artículo número 434 del C. de P. C. y artículo número 180 *ibidem*).

En esas condiciones, la interpretación que de las normas citadas hizo la juez, como se desprende de su actuación, no riñe ostensiblemente con el espíritu de las mismas, y no puede tenerse, por tanto, como manifiestamente contraria a la ley su determinación, requisito indispensable para que se estructure el delito de prevaricato que es el que se predica de la conducta de la juez denunciada.

No puede olvidarse que el propio Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 4° que, "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

La juez denunciada parece referirse procesalmente a ese *desideratum* cuando dice en su auto por medio del cual no repuso la decisión que motiva su acusación:

"Además debe tenerse en cuenta en el presente análisis que uno de los pilares en que descansa la ley procesal civil, cual es el derecho de defensa, derecho que no se contrapone con el artículo número 434 del C. de P. C.".

"Así las cosas, siendo de incidencia saber si los demandados pueden ser o no oídos en el proceso, decisión que viene a repercutir en el derecho de defensa, no se ve razón para revocar la decisión tomada máxime cuando ella es completamente legal por estar fundamentada en disposiciones del C. de P. C. y de la Constitución".

"Quiere insistir el despacho en la certificación causa de este proceso en razón de que si los demandados han cancelado o han puesto a disposición del demandante los dineros referentes a las mesadas invocadas por mora, no se obraría en derecho si se les negara la oportunidad de defensa" (fl. 112 y vto. del expediente del juicio civil).

En consecuencia, la determinación inhibitoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal CONFIRMA la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

RECUSACION O IMPEDIMENTO DENUNCIA PENAL

Si la denuncia penal presentada contra el funcionario, su cónyuge o su pariente dentro del primer grado de consanguinidad, generó en aquél una grave enemistad contra el denunciante, en la medida en que éste tenga el carácter de parte o de apoderado, procederá la recusación o el impedimento, pero no con fundamento en las disposiciones del ordenamiento procesal civil, sino con base en la enemistad grave (art. 78-5 C. P. P.).

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 20.

Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la recusación formulada por el doctor Guillermo Enrique Rodríguez Rodríguez contra el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1°. El abogado Guillermo Enrique Rodríguez Rodríguez, denunció penalmente al doctor Luis Ernesto Vargas, Juez Sexto Civil Municipal de Bogotá. Dicha actuación fue repartida al señor Magistrado, doctor Gregorio Rodríguez Vásquez.

El mismo abogado Rodríguez Rodríguez presentó un escrito el cual recusa al Magistrado Rodríguez Vásquez, por cuanto había formulado denuncia penal contra dicho funcionario por actuaciones suyas y de la pertinente Sala de Decisión en otro proceso. Apoya la recusación en lo preceptuado por los artículos números 142 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y acompaña constancia expedida por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la cual acredita que formuló denuncia penal contra el magistrado recusado y contra los doctores Ricardo Romero Riveros y Raúl Trujillo Cortés y de que con fundamento en dicha denuncia se inició investigación penal.

2°. El señor doctor Rodríguez Vásquez destaca que no está consagrada en el Código de Procedimiento Penal como causal de recusación o de impedimento la denuncia formulada contra el funcionario y agrega que "esto no empece para que diga, con máxima sinceridad: que no es agradable para mí que el doctor Rodríguez Rodríguez me haya denunciado por prevaricato, pues nunca quise violar la ley en el caso a que se refiere dicho abogado, ni en ninguno otro. Tampoco creo que mis colegas hayan tenido interés alguno en violar la ley. Considero que, como humanos, es posible que todos los funcionarios judiciales, o una gran mayoría, por lo menos se sientan molestos porque se los denuncie. De ahí a que yo sienta odio o animadversión contra el doctor Rodríguez Rodríguez que me impida darle justicia, va mucho". Con todo, agregó que "...considero que me debo declarar separado del conocimiento de este asunto en que es parte el doctor Rodríguez para que haya absoluta seguridad para todos de la más perfecta imparcialidad...".

Los restantes miembros de la Sala de Decisión dispusieron no separar al doctor Rodríguez Vásquez del conocimiento del proceso, siguiendo un criterio mayoritario de la Sala Penal de la Corte según el cual las causales de impedimento y de recusación están señaladas en forma taxativa en el Estatuto Procesal Penal, de modo que no cabe la aplicación extensiva de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, la simple denuncia formulada contra un funcionario judicial no es razón que deba dar lugar a su separación del conocimiento del proceso.

3°. Ciertamente esta Sala en decisión mayoritaria ha reiterado en diversas oportunidades (autos del 29 de agosto de 1980, del 22 de octubre de 1981, del 24 de abril de 1984, entre otros), que las causales de impedimento y de recusación están reguladas en forma integral en el ordenamiento procesal penal y, por lo tanto, no son de recibo aquéllas previstas en la legislación procesal civil, con fundamento en lo prevenido por el artículo octavo de aquella codificación que estatuye la posibilidad de la aplicación de las normas que rigen sobre organización judicial y el Procedimiento Civil, en cuanto no haya oposición con las que regulan la ritualidad de los procesos penales.

En efecto, los artículos números 77 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, contemplan en forma exhaustiva las causales de impedimento y de recusación que rigen para esta clase de procesos, a más de que también de manera completa, prevé el tramite que debe seguirse cuando se plantea alguna de ellas. Esto es, que ante la regulación integral no es del caso aplicar extensivamente las normas del Procedimiento Civil que son de recibo mediante aplicación extensiva, cuando existen vacíos en la legislación procesal penal.

En este orden de ideas no es procedente la aplicación del numeral 7° del artículo número 142 del Código de Procedimiento Civil que señala como causal de recusación el "existir denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, formulada por alguna de las partes, su representante o su apoderado", tampoco existe razón legal para predicar la causal de impedimento o de recusación por haberse ratificado dicha denuncia o porque ella dio lugar a la apertura de una investigación penal.

No obstante, si la denuncia penal presentada contra el funcionario, su cónyuge o su pariente dentro del primer grado de consanguinidad, generó en aquél una grave

enemistad contra el denunciante, en la medida en que éste tenga el carácter de parte o de apoderado, procederá la recusación o el impedimento, pero no con fundamento en las disposiciones del ordenamiento procesal civil, sino con base en la enemistad grave que ese hecho haya generado en el servidor público, de acuerdo con lo establecido por el numeral 5° del artículo número 78 del C. de P. P.

En el caso que ahora se examina es verdad que el denunciante de un juez denunció también al magistrado que conoce de la pertinente actuación; sin embargo, el magistrado en manera alguna ha afirmado que tal hecho o cualquiera que de él se haya derivado, haya dado lugar a una enemistad grave en contra de quien lo acusó penalmente, lo que lleva a que se desestime la recusación formulada. Es que, *con lastimosa frecuencia, en los tiempos que corren suelen dispensarse acusaciones contra los funcionarios, quienes ante este hecho que se está volviendo secuela propia de la ponderosa misión que se desempeña, no permiten que se altere su equilibrio e imparcialidad y por lo tanto, no dan lugar a que se incuben sentimientos de enemistad contra quienes los denunciaron, personas que en muchas ocasiones, son como en el caso que se estudia, desconocidas por completo para el administrador de justicia.*

No hay, pues, razón legal para aceptar la recusación presentada.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADA la recusación propuesta por el doctor Guillermo Enrique Rodríguez Rodríguez contra el señor Magistrado, doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, en atención a las razones aducidas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

1° de marzo de 1985, al despacho del señor Magistrado Gustavo Gómez Velásquez para Salvamento de Voto. En el mismo sentido salva el suyo el doctor Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO

Nos apartamos respetuosamente de la decisión de la mayoría de la Sala, pues existiendo denuncia penal en contra del magistrado recusado y habiendo ella generado la apertura de una investigación de carácter penal, debióse acceder a declarar

fundada la recusación, pues en esas condiciones no se dan o se alteran las condiciones anímicas y síquicas deseables para administrar justicia imparcialmente respecto de quien a su vez tiene al magistrado sujeto a la acción investigativa del Estado.

En esas circunstancias se impone dar aplicación a la norma procesal civil que establece de manera precisa esa causal de recusación (artículo número 142 numeral 7°). El Código de Procedimiento Penal faculta para llenar vacíos acudiendo a determinadas disposiciones del Procedimiento Civil.

En casos similares, como el ventilado en el proceso número 26318, hemos dicho lo siguiente a este respecto:

"Es cierto que este motivo de separación del conocimiento está expresamente considerado en el Código de Procedimiento Civil (artículo número 142, numeral 7°) y no lo está en igual forma en el Estatuto Procesal Penal (artículo número 78) y también es cierto que sería exagerado aceptar la recusación de un funcionario por el solo hecho de haber sido denunciado, razón por la cual la jurisprudencia civil ha morigerado su aplicación al exigir además que la denuncia haya sido aceptada y abierta la investigación.

"Aunque en materia penal no está expresamente consagrada como causal de impedimento o de recusación la denuncia penal formulada contra el funcionario, no repugna jurídicamente tenerla como tal, si se hacen las siguientes consideraciones en nuestra opinión valederas:

"1ª La finalidad primordial que se persigue con el establecimiento de un mecanismo procesal que permita al funcionario separarse del negocio o a las partes separarlo, en caso de que él no lo haga, es la de asegurar una absoluta ecuanimidad e imparcialidad en el fallador, lo cual se logra, en buena medida, cuando es ajeno por completo al resultado del negocio, pudiéndolo considerar con plena indiferencia, movido solamente por el afán de acertar en justicia al decidir.

Ese desinterés, garantía de imparcialidad, puede verse seriamente comprometido cuando el juez sabe que al que está juzgando es quien, a su vez, lo tiene denunciado a él.

"La ausencia de interés en el resultado del negocio es de tal preponderancia en la concepción de una justicia aplicada serena e imparcialmente, que la propia providencia no pudo sustraerse a su valoración, pues aceptó que, si la denuncia contra el funcionario motiva la apertura de una investigación penal y en ella se constituye el denunciante como parte civil, sí procede su separación del conocimiento respecto del negocio que adelanta contra su denunciante, solo que, en este caso, ubicó el motivo en la causal 4ª del artículo número 78 del C. de P. P., para considerarlos a ambos como contrapartes.

"En esencia, lo que se está reconociendo en esa hipótesis es que el denunciante del funcionario, por haber demostrado un interés evidente en el resultado de su denuncia, objetivado en la constitución de parte civil, colocó a éste en condiciones que le impiden seguir siendo su juez en el negocio que le instruye.

"Pero es de advertir que ese interés le asiste a la persona y lo denotó desde que formuló la denuncia penal contra el juez de su causa, y que, desde entonces, se

reviste de importantes consecuencias jurídicas, pues ese denunciante puede, según lo ha reconocido la jurisprudencia, recusar al juez que va a tramitar su denuncia, aunque no se haya abierto la correspondiente investigación penal; y puede apelar, como se lo reconoce la ley, del auto inhibitorio que llegue a proferirse respecto de ella.

"Tiene, por tanto, desde que denunció, un interés jurídico en el resultado de su pretensión, lo cual ubica a su denunciado, desde entonces, en calidad de parte opuesta a esa aspiración.

"Por tanto, no se encuentra explicable el que se le reconozca relevancia jurídica a ese interés, solamente cuando se traduce en una constitución de parte civil y se le niegue cuando esto no ocurre, como si no constituyera fuente suficiente de interés la *legitimatio ad causam* que, latente en el proceso, permite al ofendido asumir tal calidad en cualquier momento, dentro de los límites temporales que el procedimiento lo traza al ejercicio de su derecho.

"La apreciación contenida en la providencia permite afirmar que, cuando el denunciante del funcionario no tiene recursos para constituirse en parte civil o no quiere hacerlo, no puede recusar a éste en el proceso que le adelanta, salvo que se presenten otros motivos de recusación.

"De todas maneras, cabe reconocer que la providencia marca un avance en la interpretación del alcance que se deba dar, en el campo penal, a la denuncia como causal de recusación.

"2ª. El peligro de que la denuncia tenida como causal de recusación se convierta en un fácil recurso para cambiar de juez, tiene su correctivo legal en la tipificación de esa conducta como delictiva, bajo la denominación de 'falsas imputaciones hechas ante las autoridades'.

"3ª. Existiendo la facultad de practicar diligencias preliminares para despejar las dudas que surjan en cuanto a la procedencia de la apertura de la investigación, y pudiendo el funcionario abrir proceso o inhibirse de hacerlo, de acuerdo con los elementos de convicción aportados a la denuncia, o que de ella emanen, o que resulten de las diligencias preliminares, forzoso es concluir que cuando se abre una investigación penal es porque la denuncia reviste seriedad y existe razonable creencia de que se está en presencia de la comisión de un hecho delictivo.

"En esas condiciones, el funcionario que, en ese negocio, queda constituido en sindicado por fuerza de la denuncia que le formuló quien es su procesado, no puede sentirse con el ánimo más desprevenido para juzgar a quien es su denunciante.

"Lo aconsejable es, por tanto, remover cualquier obstáculo que se oponga al objetivo de desinterés, imparcialidad y ecuanimidad que deben caracterizar el juzgamiento.

"4ª. No estando la causal concebida sobre aspectos de naturaleza puramente civil, que llegaran a caracterizarla como propia y excluyente de ese campo del derecho, puede aplicarse también al terreno penal, pues las consecuencias anímicas que suscita la denuncia, pueden afectar tanto a un juez civil como a uno penal, y el

uno como el otro pueden, en esas condiciones, llegar a actuar parcialmente, olvidando que son jueces, para sentirse contrapartes, que es lo que se pretende evitar en guarda de una intachable administración de justicia.

"A ello se debe agregar que el Código de Procedimiento Penal faculta, en su artículo octavo para aplicar disposiciones del Procedimiento Civil, cuando se trate de llenar vacíos en el campo penal, y siempre que dichas normas no contraríen lo dispuesto en el ordenamiento procesal penal".

Las anteriores apreciaciones fundamentan nuestro respetuoso disentimiento del pensamiento mayoritario de la Sala.

Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha ut supra.

SECUESTRO

Es de aquéllos que la doctrina y el propio Código Penal (artículo número 83) conocen como de carácter permanente, esto es, delitos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, de modo que el proceso consumativo permanece mientras no se pone fin a la conducta.

ERROR DE HECHO

Es necesario que sea manifiesto, esto es, ostensible y de relieves tan notorios que sea advertido sin mayores esfuerzos dialécticos.

DELITO. AUTORES

Todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos, aceptado como probable.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 20.

Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos ochenta y cinco.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Gerardo Castañeda Rendón, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Buga en virtud de la cual se les condenó a la pena de diez años de prisión y a las accesorias correspondientes, por los delitos de secuestro y hurto.

Hechos y actuación procesal

En las horas de la mañana del 7 de septiembre de 1981, fueron secuestrados por varias personas algunas de las cuales iban disfrazadas de policías, los señores Alberto

Ocampo Mejía y Luis Alberto Galeano Montes, cuando viajaban en un vehículo de propiedad del primero por la carretera que conduce de La Astelia al corregimiento de Ceylán, en el municipio de Bugalagrande. Los secuestradores se repartieron en dos grupos, el primero llevó a Ocampo Mejía quien pocas horas después fue dejado en libertad, luego de ser despojado de un reloj de escaso valor. El secuestrado Galeano Montes fue dejado como rehén y por su libertad se pidió la suma de ocho millones de pesos bajo la amenaza de que, de no cumplirse la exigencia, se le daría muerte lo mismo que al mayordomo de la finca de Ocampo. Galeano Montes fue inicialmente llevado a una casa ubicada en Andalucía (Valle) donde permaneció hasta el 12 de septiembre y de allí conducido a la residencia de Wilson Montes en Palmira en donde estuvo hasta el 16 de septiembre de 1981, cuando fue dejado en libertad luego del pago de $500.000.00 por su rescate.

En razón de que para la fecha del ilícito el país se hallaba en estado de sitio y que el conocimiento del delito de secuestro se había atribuido a la Justicia Penal Militar, inició y adelantó la correspondiente investigación penal el Juzgado Dieciséis de Instrucción Penal Militar. Cuando por virtud del Decreto número 1674 del 9 de junio de 1982, se declaró restablecido el orden, el expediente fue enviado al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá que dispuso el cierre de la investigación por auto del 3 de septiembre de 1982.

El juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario el 29 de septiembre de 1982, con auto en el que dispuso abrir causa criminal contra Gerardo Castañeda Rendón, Wilson Montes Parra, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez, por los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado. En esa providencia fueron sobreseídos temporalmente algunos sindicados y otros de manera definitiva. El auto calificatorio fue confirmado integralmente por el Tribunal Superior de Buga.

Tramitada la causa el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Buga por medio de sentencia dictada el 17 de mayo de 1983, condenó a todos los encausados a la pena de diez años de prisión, por los delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento. El Tribunal de Buga confirmó esta sentencia y contra ella se interpuso el recurso de casación que ahora debe resolverse.

La demanda de casación

Los condenados Gerardo Castañeda, José Julián Agudelo y Alberto de Jesús Idárraga confirieron poder a un mismo profesional del derecho, quien presentó demanda a nombre de cada uno de ellos.

Demanda presentada a nombre de Gerardo Castañeda Rendón

Dos cargos formula el recurrente con fundamento en la causal primera y un cargo apoyado en la causal cuarta de casación.

Asevera, en primer lugar, que en la sentencia se dio por demostrado que la familia del ofendido fue coaccionada sin que en el proceso exista prueba atendible de ello, lo que constituye un manifiesto error de hecho, por falso juicio de identidad, que llevó a la aplicación indebida del ordinal 6° del artículo número 770 del Código Penal.

Para sustentar su afirmación destaca que el secuestrado siempre hizo referencia al buen trato recibido durante su cautiverio, y en la sentencia se desconoció el contenido de este testimonio. Además, si bien es verdad que el otro secuestrado dijo que los plagiarios lo amenazaron con que si no entregaba la suma de ocho millones de pesos, le llevarían la cabeza de su acompañante, dicho testimonio carece de respaldo; así mismo, tampoco tiene sustento la declaración de los hermanos de Galeano que hicieron referencia a similares amenazas, de modo que dedujo indebidamente la causal de agravación indicada.

El segundo cargo lo basa en la afirmación de que el Tribunal incurrió en error de hecho por falta de apreciación de la prueba que obra en el proceso, de la cual se deduce que por no haber asistido el condenado Galeano al acto de la aprehensión de las personas secuestradas, no pudo cometer el delito de hurto que en dicho momento se consumó, lo que dio lugar a la violación indirecta del artículo número 215 del C. de P. P., por falta de aplicación, e indebida aplicación de los artículos números 25 y 350 del Código Penal.

Afirma que ninguna de las personas capturadas ilegalmente hizo cargos contra su defendido quien "...si en realidad procedió con conocimiento y voluntad a contribuir a un delito, fue en lo referente al delito de secuestro pero en manera alguna a otra conducta delictuosa; quería únicamente esa infracción penal y su acuerdo anterior, el pacto en el cual prestó su voluntad fue única y exclusivamente para el secuestro", de donde deduce que el cargo que se le hizo por el delito de hurto y que dio lugar a la condena carece por completo de respaldo probatorio. Cita al efecto, diversas pruebas para sustentar su aserto.

Con apoyo en la causal cuarta de casación formula otro cargo por cuanto estima que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción, ya que al no haberse demostrado la participación del procesado Castañeda en la aprehensión de los señores Ocampo y Galeano, el delito en que aquél incurrió fue el de encubrimiento.

Demanda presentada a nombre de José Julián Agudelo Isaza

Con base en la causal primera de casación formula el impugnante tres cargos, dos de ellos exactamente iguales a los presentados dentro de la demanda que suscribió a nombre de Castañeda Rendón con apoyo en esta misma causal.

Como cargo nuevo, que presenta en primer término, afirma que en la sentencia se incurrió en error de hecho por cuanto, sin prueba que lo acredite, se dio por demostrada la entrega del dinero del rescate, lo que dio lugar a la aplicación indebida del artículo número 271 del Código Penal. Al no estar demostrado el pago del rescate y haber sido liberado el secuestrado en forma voluntaria, la pena ha debido ser disminuida en la mitad.

Demanda presentada a nombre de Alberto de Jesús Idárraga

El recurrente presenta cinco cargos con base en la causal primera de casación y un cargo de nulidad basado en la causal cuarta del artículo número 580 del C. de P. P.

El primero de los cargos lo apoya en la afirmación de que en la sentencia se incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que no es exacto que el procesado Castañeda Rendón haya hecho imputaciones contra Alberto de Jesús Idárraga como partícipe de los hechos que dieron lugar a su condena.

Para sustentar el cargo cita apartes de la versión de Castañeda dentro de la cual hace cargos contra Alberto M., quien, según el apoderado, es persona que no corresponde al condenado, de manera que cuando en la sentencia se afirma la existencia de dicha incriminación, da al hecho que recoge la prueba un alcance objetivo que no tiene "...configurándose, por lo mismo, un error manifiesto de hecho y de trascendencia, por falso juicio de identidad, que la condujo a la aplicación indebida de los artículos números 268, 270 ordinal 6°, 350, 351, numerales 4°, 9° y 66, numerales 1°, 3° y 4° del Código Penal y que de no haberse dado, el fallo hubiese sido absolutorio".

Para fundamentar el segundo cargo sostiene que en la sentencia se incurrió en un error de derecho al otorgar a la diligencia de reconocimiento en fila de personas en la que se identificó a Idárraga, un valor probatorio que no le corresponde ya que dicha pieza procesal es inexistente porque dentro de ella se designó como apoderado de oficio al subteniente Jairo Alonso Olarte Porras, quien no se identificó con su cédula de ciudadanía, como lo ordena la Ley 39 de 1961. El mencionado error de derecho dio lugar a la falta de aplicación de los artículos números 215 y 407 del C. de P. P. y a la aplicación indebida de los artículos números 350, ordinal 6°, 352, numerales 4°, 9°, 10 y 66, numerales 2°, 3° y 4° del Código Penal.

Los tres cargos restantes que presenta con fundamento en la causal primera de casación, corresponden integralmente a los tres cargos que con base en la misma causal formuló dentro de la demanda presentada a nombre de Julián Agudelo Isaza, dos de los cuales a su vez había sustentado en la incoada a nombre de Gerardo Castañeda Rendón, como previamente se advirtió.

El cargo que formula con apoyo en la causal cuarta de casación lo orienta en dos sentidos, pues en primer lugar, repite una argumentación hecha dentro de la causal primera de casación para indicar que el reconocimiento en fila de personas es nulo, por falta de indentificación del apoderado y porque dicha deligencia se practicó, luego de reconocimiento fotográfico. A renglón seguido acepta que es muy probable que el procesado haya tenido conocimiento del secuestro, y sin acuerdo previo con los autores, les haya ayudado a eludir la acción de la autoridad, de modo que ha debido ser llamado a juicio por un delito de encubrimiento y no por un delito de secuestro, de modo que se dio una errada denominación jurídica a la infracción.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal contestó cada uno de los cargos formulados en la siguiente forma: en relación con la pretendida nulidad por errada denominación jurídica de la infracción, conceptuó que carece de razón el impugnante cuando pretende que el procesado Castañeda Rendón solamente cometió un delito de encubrimiento, pues el delito de secuestro es de carácter permanente y aun cuando éste procesado no hubiera estado presente en el momento de la

aprehensión, participó en la consumación del ilícito cuando ejerció vigilancia sobre la persona secuestrada.

Tampoco encuentra que se haya dado nulidad alguna por el hecho de no haber identificado al apoderado del procesado Idárraga con su cédula de ciudadanía, por cuanto nada de lo dicho tiene apoyo procesal, a más de que el apoderado se identificó con su nombre y grado, y suscribió la correspondiente diligencia.

El cargo común dentro de las tres demandas de casación, por violación indirecta de la ley sustancial habida cuenta del error de hecho que alega el impugnante por cuanto estima que se dieron por probados los actos de intimidación sin prueba de ello, es respondido por el Ministerio Público con la aseveración de que dichas amenazas se hicieron directamente al secuestrado Ocampo, de modo que hay pruebas suficientes para sustentar la agravante deducida.

Por el contrario, pide la prosperidad del cargo, también común en las tres demandas de casación, que parte de la afirmación de que el fallador de segunda instancia incurrió en error de hecho, que lo llevó a la aplicación indebida de las disposiciones legales que tipifican el hurto, por cuanto según el relato de Luis Alberto Galeano, en su aprehensión, intervinieron los recurrentes en casación Agudelo e Idárraga, mientras que a Castañeda solo lo vino a conocer en los últimos cinco días de su cautiverio, cuando participó en su vigilancia, de modo que estos tres condenados no tomaron parte en la privación de la libertad del señor Ocampo y por tanto no puede atribuírseles el hurto agravado del reloj. No fueron apreciadas las pruebas de las cuales se deduce esta afirmación y concretamente el testimonio del secuestrado Ocampo, que no señaló entre las personas que lo aprehendieron a los recurrentes en casación, de modo que se incurrió en un error evidente de hecho que determinó la aplicación de los artículos números 25 y 350 del Código Penal.

En cuanto al cargo relacionado con la falta de pruebas sobre la entrega del dinero del rescate, pide que sea desestimado porque el actor no demuestra el cargo y porque en autos obran suficientes elementos de convicción que demuestran que Galeano recuperó la libertad, porque Ocampo entregó la suma de quinientos mil pesos.

En relación con el cargo primero dentro de la demanda de Idárraga Peláez y según el cual no existe prueba de su participación en los hechos investigados, recuerda el colaborador fiscal que Galeano señaló en forma indudable a Idárraga como el acompañante del chofer del vehículo en que fue aprehendido y que también Castañeda se refirió a este procesado con su nombre, aun cuando no precisó su apellido.

Finalmente, el alegado error de derecho por haber dado valor al reconocimiento en rueda de personas de Idárraga, porque el apoderado que actuó en esa diligencia no se identificó, y pide que sea desechado porque tal cargo aparece propuesto de manera impropia como causal de nulidad y luego por violación indirecta de la ley sustancial y por cuanto, además, la diligencia que glosa no es la única prueba que compromete a este procesado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Causal cuarta de casación. El actor planteó el cargo de nulidad por errada denominación jurídica de la infracción en las demandas que suscribió a nombre de los condenados Castañeda Rendón e Idárraga Peláez, bajo la argumentación de que estos procesados no participaron en la privación de la libertad de los secuestrados y que, por tanto, no cometieron el delito de secuestro, de manera que solo se les puede imputar un delito de encubrimiento.

Adviértese, en primer lugar, que este cargo es contradictorio, por lo menos en relación con otro cargo presentado al amparo de la causal primera de casación dentro de la demanda suscrita a nombre de Castañeda Rendón, ya que allí el censor acepta la comisión del delito de secuestro para negar la existencia del hurto. En esa demanda dijo textualmente "...que mi defendido, si en realidad procedió con conocimiento y voluntad a contribuir a un delito, fue en lo referente al ilícito de secuestro pero en manera alguna a otra conducta delictuosa; quería únicamente esa infracción penal y su acuerdo anterior, el pacto en el cual prestó su voluntad fue única y exclusivamente para el secuestro". En relación con el procesado Idárraga Peláez, como adelante se verá, hay prueba de que participó en la aprehensión de los secuestrados, de manera que el cargo parte del desconocimiento de la realidad probatoria.

Pero aún haciendo caso omiso de la indicada contradicción y de la falta de observación de la realidad probatoria mencionadas, carece de razón el recurrente cuando pretende desconocer la autoría de un delito de secuestro por la circunstancia de que un procesado no haya tomado parte en el acto de privación de la libertad, sino en actos posteriores a ella. En efecto *el delito de secuestro es de aquellos que la doctrina y el propio Código Penal (artículo número 83) conocen como de carácter permanente, esto es, delitos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, de modo que el proceso consumativo permanece mientras no se pone fin a la conducta. En esta clase de infracciones puede ocurrir que alguno de los partícipes no realice la conducta en su integridad, desde el momento en que comienza hasta que cesa, y sin embargo, tenga el carácter de autor de ese concreto comportamiento, pues lo que interesa de manera primordial es que tenga conocimiento de que está realizando comportamiento punible y tome parte voluntariamente en cualquiera de las manifestaciones de esa conducta regulada penalmente.*

El delito de secuestro es de carácter permanente porque su comisión se prolonga desde cuando una persona es privada de la libertad hasta el instante en que la recobra, de manera que son autores de este ilícito no solo quienes participan en el acto de la aprehensión sino todas las personas que cumplen con cualquiera de las formas de actuar a que apuntan los verbos rectores. Este atentado contra la libertad de locomoción se tipifica cuando se arrebata, sustrae, retiene u oculta a una persona y como tipo de conducta alternativa que es, permite afirmar su comisión respecto de la persona que realiza uno, algunos o todos los comportamientos indicados.

El procesado Castañeda Rendón vigiló a uno de los secuestrados durante los días finales de su cautiverio, vale decir que lo retuvo y ocultó y, por lo tanto, realizó algunos de los comportamientos que tipifican el delito de secuestro, por lo tanto es correcta la calificación jurídica que en el auto de proceder se dio a los hechos. No

existió el delito de encubrimiento, pues este atentado contra la administración de justicia, solo tiene ocurrencia cuando se tiene conocimiento del hecho punible cuando éste ya ha ocurrido y, sin concierto previo, se ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente. La participación en una conducta típica, supone lesión del correspondiente bien jurídicamente protegido, mientras que en el encubrimiento el bien que se agravia es la eficacia de la administración de justicia, por cuanto con esta conducta se dificulta la acción del Estado en la investigación y represión de un delito ya consumado.

Tampoco existe nulidad de ninguna especie, porque en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas no se identificó al apoderado de Alberto de Jesús Idárraga Peláez con el número de su cédula de ciudadanía. Consta en dicha diligencia practicada por un juez de Instrucción Penal Militar que el mencionado procesado fue asistido por el señor subteniente Porras Olarte Jairo Alonso, quien fue debidamente posesionado y en tal carácter suscribió el acta respectiva, lo que indica que es una persona real e indentificada por el cargo que desempeña dentro de la organización militar. El hecho de que no se haya anotado el número de su cédula de ciudadanía es informalidad intrascendente, pero en manera alguna nulidad de carácter legal, ya que tal circunstancia no está erigida como tal por el ordenamiento procesal penal, ni representa nulidad constitucional, pues para ello habría sido necesario que la informalidad asumiera carácter relevante y que con ella se desconociera el derecho de defensa, cosa que en el caso presente no ha ocurrido.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

Causal primera de casación. Como el actor formula diez cargos distintos, todos ellos con base en la segunda parte de la causal primera de casación, algunos repetidos en las distintas demandas, la Sala hará referencia a cada uno de ellos.

El primero de los cargos presentados dentro de la demanda de Idárraga Peláez, basado en la afirmación de que el sentenciador incurrió en error de hecho por cuanto dio por probada la participación de este procesado en el delito de secuestro sin prueba de ello, parte de la propia interpretación que hace el recurrente de la prueba, pero que en manera alguna constituye demostración del cargo formulado. En forma reiterada ha sostenido esta Sala que *para que el error de hecho que se alega como motivo de casación pueda prosperar, es necesario que sea manifiesto, esto es, ostensible y de relieves tan notorios que sea advertido sin mayores esfuerzos dialécticos. No se trata simplemente de enfrentar la opinión que de la prueba tenga el juzgador con la particular del casacionista, sino de demostrar el yerro evidente y determinante del juzgador en el análisis del caudal probatorio que condujo de manera indirecta a la violación de la ley sustancial.*

En el caso presente el impugnante sostiene que el procesado Castañeda no señaló a Idárraga como actor en los hechos y que, en consecuencia, no hay prueba alguna de su participación. Esta aseveración no es exacta, pues Castañeda identificó a Idárraga como partícipe de los hechos, solo que como ignoraba su apellido se limitó a dar su nombre. Además Idárraga fue reconocido por el secuestrado Galeano, quien había dado precisos datos sobre su filiación. En otras palabras contra Idárraga obra no

solamente el testimonio de uno de sus compañeros en la ilícita aventura, sino el inequívoco reconocimiento de que fue objeto por parte de una de las personas secuestradas, lo que permite concluir que ningún error se advierte en la apreciación de la prueba hecha por el sentenciador.

El segundo cargo presentado dentro de la demanda de Idárraga Peláez, es reiteración del segundo formulado con base en la causal cuarta de casación que ya fue respondido, de modo que no es del caso volver sobre él.

La acusación del censor según la cual no existe prueba de la entrega del dinero del rescate y que, por lo tanto, la liberación del ofendido Galeano fue acto voluntario cumplido antes de quince días a partir del día de la aprehensión que ha debido dar lugar a la atenuante, prevista en el artículo número 271 del C. P., parte igualmente de la personal apreciación que de la prueba hace el recurrente. En efecto, este cargo que es común a las demandas de los procesados Agudelo e Idárraga, se trata de demostrar con las transcripciones de algunas piezas probatorias, pero con desconocimiento de otras pruebas de señalada importancia. En efecto, el secuestrado Ocampo manifestó que "...para lograr su rescate —el de Galeano— hubo necesidad de entregar quinientos (500) mil pesos", "...el dinero fue entregado por la hermana de Luis Alberto de nombre Luz Marina Galeano, quien estaba acompañada por un hermano de ella que se llama Lázaro quien conducía". Así mismo, Luz Marina Galeano, persona que hizo la entrega del dinero, relata este hecho con toda claridad, al aseverar que inicialmente se les exigió la entrega de ocho millones de pesos; "...ellos fueron rebajando la cantidad que pedían, supongo que al darse cuenta de que mi hermano no tenía parentesco con el señor Ocampo, hasta que arreglaron en la suma de quinientos mil pesos, entonces acordamos que José Lázaro, mi hermano, fuéramos a entregar el dinero, ellos nos dijeron que cogiéramos la vía a Pereira y que en cualquier lugar, la seña, encontraríamos un trapo verde y que ahí tiráramos la plata y también nos advertían muchísimo que no fuéramos a llevar autoridad porque entonces mataban a mi hermano; y entonces llegando a Pereira, en el segundo semáforo, dos señores en una moto, uno de ellos se bajó y me tiró una camiseta verde, yo le entregué la plata y él nos dijo que sigan hasta Caicedonia..." (sic). En el mismo sentido declaró Lázaro Galeano, de modo que se halla suficientemente demostrado que el rescate del hermano de los últimos declarantes citados obedeció a la entrega de una suma de dinero, y por tanto no existe el error de hecho alegado por el impugnante.

En las tres demandas presentadas aparece un cargo por violación indirecta de la ley sustancial determinada por el error de hecho en la apreciación de la prueba, porque, según el actor, sin prueba que lo demuestre, se dieron por probadas las coacciones a la familia del ofendido, de modo que no había lugar a la deducción de la agravante contenida en el numeral 6° del artículo número 270 del Código Penal.

Tampoco en este caso el actor cumple con el deber de demostrar en forma fehaciente el cargo presentado, se limita a dar su personal opinión sobre la prueba pero desconoce los testimonios de los cuales se deduce la existencia de las referidas amenazas. En efecto, basta con leer las declaraciones del secuestrado Ocampo y las de los hermanos Luz Marina y Lázaro Galeano, para llegar a la conclusión de que la

afirmación hecha por el juzgador tiene respaldo probatorio. En estas condiciones el alegado error de hecho no tiene existencia.

Finalmente, el actor plantea un cargo común en las tres demandas presentadas, según el cual por falta de apreciación de la prueba consistente en que por no haber asistido ninguno de los tres procesados recurrentes al acto de la aprehensión de las personas secuestradas, mal puede atribuírseles el hurto de un reloj cumplido en tal oportunidad.

La Sala encuentra que le asiste razón al señor Agente del Ministerio Público cuando pide que el cargo sea acogido y, en consecuencia, se case parcialmente la sentencia, pues si bien es verdad que Ocampo Mejía fue despojado de un reloj de pulso en el momento de su aprehensión y que dicho reloj fue encontrado en un allanamiento realizado en Palmira, es un hecho demostrado que dos de los tres recurrentes participaron en la aprehensión de Galeano, mientras Castañeda participó en los últimos cinco días del cautiverio de esta persona, de suerte que no actuaron en la comisión del atentado contra el patrimonio económico de Ocampo Mejía.

Sobre el delito de hurto solamente se cuenta con la versión dada por Ocampo Mejía, quien en relación con este tema dijo: "antes de entregarme el Jeep para mi regreso me esculcaron nuevamente en busca de armas y de dinero, pero ninguna de las dos cosas tenía, ni arma ni dinero, muy poco dinero, ellos insistían en que tenía que tener el dinero del ganado que había vendido la semana anterior, pero realmente no lo llevaba conmigo. El trato verbal fue pésimo, pero no un trato físico, se sustrajeron del bolsillo de mi saco un reloj de pulsera, un valor aproximado de $2.000.00, un reloj de pulsera metálica dorada".

De conformidad con la versión del secuestrado Galeano, Castañeda no participó en la aprehensión, solamente lo vigiló durante los últimos días de su cautiverio; a Julián Agudelo Isaza lo identificó como conductor del vehículo en el cual fue transportado, luego de que se le privó de la libertad y quien además participó en actos subsiguientes; a Alberto de Jesús Idárraga Peláez lo reconoció como acompañante del conductor del carro en que lo movilizaron, también como su ocasional vigilante y como la persona que condujo el vehículo el día de su liberación. Ahora bien, como el hurto del reloj se produjo cuando al secuestrado Ocampo le iban a devolver el Jeep para que regresara, es obvio que el delito contra el patrimonio económico no fue cometido por ninguno de los tres recurrentes, en casación.

La imputación que se hizo a todos los procesados por el delito contra el patrimonio económico proviene del auto de proceder, pues, como lo destaca el Ministerio Público, la sentencia de segunda instancia es deficiente de manera que es necesario integrarla con las providencias del juez del conocimiento.

En el auto de proceder se afirma que como el secuestro había sido planeado con antelación, los partícipes debían saber que se iba a requisar a los secuestrados para saber qué llevaban y si tal cosa hacían era para apoderarse de los objetos que llevaban consigo. Por esta razón se atribuyó a todos los procesados el delito de hurto que dio lugar a la condena.

En verdad que *doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria*

división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero en un banco, pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que huyen, todas ellas serán autoras del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque resumen que se les pueda oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado armas, pues participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual aquéllos se podían derivar.

Por el contrario, cuando en una empresa criminal se presenta un comportamiento típico adicional, que no es fruto del común acuerdo, ni eventual resultado de dicha empresa, será responsable de aquél solo quien o quienes lo hayan ejecutado. Si, por ejemplo, en alguno de los casos citados anteriormente, uno de los partícipes decide por su cuenta cometer acto contra la libertad o el pudor sexuales, de este hecho en particular solo será responsable quien lo haya realizado, pues aquél no fue producto de acuerdo, ni es resultado lógicamente derivado del hecho típico querido.

En el caso que ahora se examina es obvio que todos los procesados y otras personas que no fueron identificados dentro de la investigación, planearon un delito de secuestro y todo parece indicar que los delincuentes pretendían aprehender a la hermana del señor Ocampo, no obstante, como pasaron meses y ésta no iba a la finca, decidieron privar de la libertad a quien lo acompañaba el 7 de septiembre de 1981, en la equivocada creencia de que se trataba de un cercano familiar de Ocampo. No existe en el proceso prueba alguna que permita afirmar o inferir que los secuestradores buscaban también despojar de sus bienes a los aprehendidos, tanto que a Galeano nada le quitaron, ni el delito de hurto era consecuencia necesaria o eventual del secuestro, de modo que en este aspecto le asiste razón al recurrente, por manera que el fallo acusado será parcialmente casado, para absolver a los recurrentes por el delito de hurto por el cual fueron procesados. Por tal razón la pena se disminuirá en la proporción en que fue aumentada por el atentado contra el patrimonio económico.

Como apenas es obvio, la reducción de pena sólo favorecerá a los condenados recurrentes, de modo que la sentencia proferida en contra de Wilson Montes Parra no puede ser modificada por la Corte, no solo porque éste procesado no recurrió, sino porque su situación procesal es diferente. Así mismo se mantendrán las demás determinaciones tomadas en la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR parcialmente la sentencia recurrida.

En consecuencia CONDÉNASE a los procesados Gerardo Castañeda Rendón, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de ocho años de prisión, como coautores del delito de secuestro extorsivo por el cual fueron llamados a responder en juicio criminal, hecho cometido en circunstancias relacionadas en el proceso.

CONDÉNASE a los procesados Gerardo Castañeda Rendón, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez, en forma genérica, al pago de los perjuicios morales y materiales casados con la infracción, a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y a la suspensión de la patria potestad por igual término.

ABSUÉLVESE a los procesados Gerardo Castañeda Rendón, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez de los cargos que se les formularon por el delito de hurto.

Las demás determinaciones tomadas en la sentencia no son objeto de modificación de ninguna especie.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CUESTIONARIO
FORMA DE ELABORACION

Debe ser un reflejo fiel del auto de proceder. En el homicidio las expresiones, propósito o intención de matar se sub-entienden de ordinario en este delito. Sólo las excepciones de la culpa y la preterintención deben consignar de manera expresa en el cuestionario.

JURADO - INFIDELIDAD

La violación del mandato de silencio que les impone la ley constituye delito y puede conducir al quebrantamiento de las formas propias del juicio.

Para que surta el último de estos aspectos debe existir prueba que razonablemente demuestre el hecho.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 24.

Bogotá, doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Juzgado Segundo Superior de Palmira (Valle) por sentencia del 15 de noviembre de 1983, condenó a Oscar Vera Arango a la pena principal de 10 años de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en la persona de José Wilson Tamayo Cadavid.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia del 2 de marzo de 1984, confirmó en todas sus partes la anterior.

Este último fallo ha sido recurrido en casación por el procesado y sustentado en debida forma por abogado titulado ante esta Corporación.

HECHOS

Quedaron consignados en la sentencia impugnada, en la siguiente forma:

"...Origen de la presente investigación fueron los hechos acaecidos en la población de El Cerrito (V.), el día 30 de agosto de 1982, en donde se realizaba una verbena con motivo de las celebraciones del Festival del Retorno, y a eso de las dos de la madrugada se presentó un enfrentamiento entre el procesado Vera Arango y José Wilson Tamayo Cadavid, pero que, en el mismo, el sindicado le propinó a su contendor las heridas que a la postre le produjeron su fallecimiento. Que el inicio de los hechos tuvo su comienzo en razón a que con antelación Oscar Vera tuvo problemas de tipo personal con Luis Eduardo Muriel Hernández, cuando éste era inspector de Policía, el que salió a relucir en esos momentos por lo que el occiso Tamayo Cadavid salió en su defensa, con las consecuencias ya anotadas, emprendiendo la fuga, consumado el ilícito materia de esta investigación, compareciendo el procesado Vera Arango el 22 de septiembre del mismo año...".

La demanda

El actor acude a la causal cuarta de casación para pedir la infirmación del fallo porque estima que se perpetraron dos nulidades de rango constitucional que invalidan el proceso ya que con ellas se violaron las formas propias del juicio. En tal virtud, afirma:

1. Hubo elaboración ilegal del cuestionario.

"...Hoy en día, el cuestionario por medio del cual se interroga a los jueces populares sobre la culpabilidad o no del encausado por el hecho 'de haber acusado o de haber ocasionado la muerte' lleva implícito el —elemento subjetivo del delito traducido en el conocimiento del hecho punible y la conciencia o voluntad de su realización y preguntarle sobre ello al *juri* es violentar el debido proceso— las formas propias de cada juicio y el referente al derecho de defensa, máxime si se tiene en cuenta que a todo lo largo del proceso y con mayor énfasis en el acto público de juzgamiento, siempre se alegó que la intención no había sido la de matar sino la de defenderse...".

2. Hubo infidelidad de uno de los jurados de conciencia.

"...Indudablemente en el proceso contra don Oscar Vera Arango surgió desde antes del acto público de juzgamiento, nulidad constitucional por inobservancia plena de las formas propias del juicio, una de las cuatro garantías nacidas con el artículo número 26 de la Constitución Nacional, por yerro prominente en el tratamiento de que debió gozar el imputado pues por no haber sido satisfecho sexualmente por la mujer de éste, el jurado denunciado no únicamente falló en contra del acusado sino que permite con su conducta deducir la influencia que tuvo o pudo tener, que para el caso es lo mismo, sobre los restantes miembros del Tribunal Popular...".

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal para solicitar que la Corte deseche los cargos formulados, responde:

Al cargo sobre elaboración ilegal del cuestionario observa:

"...El hecho de que la nueva norma se refiere sólo a la acción de matar, no implica que no se pueda incluir en el cuestionario el aspecto intencional, no obstante la nueva redacción de la norma, que en este punto remite a la parte general; esta inclusión en cuanto precisa el cargo, pretende éste tenga la certeza necesaria y que no proceda, como ocurriría en el caso contrario, la acusación de haberse expresado en forma imprecisa o ambigua, con la consiguiente dificultad para la defensa y el quebrantamiento de las garantías procesales, que en esta situación sí sobrevendría.

"Pero aunque no fuera así, lo cual resulta acorde con las normas generales, bastaría observar que tal agregación en ningún caso vendría a desconocer las garantías procesales del procesado, ni se demuestra por el actor en qué forma o por qué motivo ocurrió esto; porque simplemente sería tal interrogación o la mención de tal punto, la reiteración del elemento subjetivo, que como expresa el actor, se entiende incorporada en la norma en la actual redacción del Código, sin que esto pudiera constituir irregularidad alguna, sino por el contrario, aclarar definitivamente este aspecto, como lo requiere la administración de justicia...".

Respecto de la infidelidad del jurado, anota:

"...Debe tratarse de hechos suficientemente demostrados, y en el caso examinado, en el cual se formula esta acusación, no puede llegarse a tal conclusión, no obstante que existe la denuncia, como lo anota el actor y aparece de constancia agregado al proceso expedido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira, de fecha 28 de marzo de 1984, con anotación de que no se ha recibido indagatoria al sindicado.

"Se observa en primer término, que conforme a la denuncia que obra en copia no autenticada, esto es de fecha 17 de febrero de 1984, sin que se haya aclarado por qué razón se demoró su formulación hasta esta fecha, cuando la audiencia se cumplió el 20 de octubre anterior y los hechos denunciados debieron ocurrir en éste o en días anteriores; y sin que por otra parte, se pusieran en conocimiento del juez oportunamente para que se adoptaran las medidas correspondientes; además la denuncia solo se hizo conocer a los funcionarios dictada la sentencia de segunda instancia, circunstancias éstas que no constituyen a dar validez suficiente a tales afirmaciones para invalidar la actuación...".

Se considera

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo número 580-4 del C. de P. P.), sostiene el censor que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, pues no sólo se elaboró el cuestionario sometido a consideración de los jurados de modo ilegal, sino que uno de los jueces de conciencia faltó a los deberes de su cargo.

Propone, en consecuencia, dos reproches, a saber:

1. Sobre el cuestionario

Señala que en éste se consignó la intención o propósito de matar, lo que es ilegal, porque la norma que tipifica el homicidio voluntario suprimió del tipo penal esa

expresión por ser reiterativa, y que al no ser expresamente elemento compositivo de la infracción, su inclusión en el cuestionario, limita o restringe la libertad falladora del jurado.

No cabe duda que en el Código Penal de 1936, se integraba la descripción del homicidio con el propósito de matar (artículo número 362) para distinguirlo de las otras especies de este delito, y que en el nuevo Estatuto Penal tal expresión fue suprimida por redundante (artículo número 363).

Esto pone de relieve que si las expresiones propósito de matar o intención de matar se entienden de ordinario en el homicidio, su inclusión en un cuestionario no produce ningún otro efecto que el de reiterar lo que no necesita reiteración, esto es, el de hacer más explícito el cargo que viene del auto de proceder, para que no quede duda o eufemismo alguno al respecto; y su exclusión del cuestionario no produce a su turno ningún efecto nocivo, porque esas expresiones se encuentran o subyacen en la acción culpable referida al tipo básico del homicidio.

Entonces, hay que convenir que el jurado de conciencia no puede considerarse perplejo ante la presencia o ausencia de las expresiones significativas de una acción dolosa que lo es tal por naturaleza, salvo las excepciones legales de la culpa y de la preterintención (artículo número 39 del C. P.). Excepciones que requieren de su expresa anotación en el cuestionario respectivo, por ser excluyentes del acontecer ordinario en esa infracción.

Todo esto, deducido de las normas sustanciales referidas al delito de homicidio, incide como es obvio en la relación procesal auto de proceder-cuestionario regulada por el artículo número 533 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que éste se formule determinando "...el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder..." y "...las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica...".

Significa lo anterior que el cuestionario debe ser un reflejo fiel del auto de proceder. Que la imputación (hecho punible y circunstancias que lo constituyen) debe quedar consignada en sus exactas dimensiones en el cuestionario. Es pues la exclusión en esta pieza procesal de hechos y circunstancias constitutivas de la imputación lo que conduce a la violación del esquema procesal. Por consiguiente, si no se da esa omisión, o si se precisa con más fidelidad la naturaleza de los cargos contenidos en el auto de enjuiciamiento, no es posible alegar ningún tipo de nulidad porque se está respetando en su integridad el auto de proceder y, por ende, el debido proceso.

Como en este caso no hubo omisión del cargo sino mayor precisión del mismo, al destacar en el cuestionario el elemento intencional del delito imputado, el reproche no puede prosperar.

2. Sobre el jurado

Aduce el actor que obra en el proceso denuncia por el delito de prevaricato contra uno de los jurados ante un juez municipal de Palmira (V.), formulada por quien era por entonces la concubina del procesado. En ella afirma la denunciante que en su desesperación acudió ante el juez de conciencia a comunicarle su inquietud y que éste le contestó que "...iba a leerse el expediente y que en lo que

estuviera a su alcance me ayudaría..."; relata que después el jurado la llamó por teléfono y la citó frente a San Andresito y que allí después de advertirle que en poder de los señores del jurado estaba la suerte de su marido, expresó, "...que yo le había caído muy bien y que por lo tanto quería tener una aventura amorosa, esto es, una relación sexual, que en esa forma yo no me arrepentiría...".

Con fundamento en esa información juramentada sostiene el recurrente que desde antes del acto público del juzgamiento existe en el proceso nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio, porque el jurado al no ser satisfecho sexualmente por la mujer del procesado, cobró el desaire emitiendo veredicto condenatorio y ejerciendo en este sentido influencia sobre los otros dos integrantes del tribunal popular.

No cabe duda que el artículo número 561 del Código de Procedimiento Penal, prohíbe a los jurados tener comunicación con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces, desde el momento de ser notificados de su designación hasta después de concluidas las audiencias.

Faltar a esa prohibición es un acto de infidelidad que puede acarrearle sanciones penales al infractor en la medida que su conducta constituya delito. Puede, igualmente, conducir al quebrantamiento de las formas propias del juicio.

Sin embargo, para que esta última situación se produzca, es necesario, como condición previa, que el hecho constitutivo de la infracción al mandato de silencio que consagra la citada disposición legal, se encuentre probado más allá de toda duda razonable, es decir, sin fundamento en meras sospechas, en simples decires, o en conjeturas audaces, fruto de la imaginación o de la malicia.

En el presente caso, esa condición probatoria, previa a cualquier análisis encaminado a buscar una posible nulidad constitucional, no se cumple. En efecto, si en términos generales una denuncia no es en sí misma prueba del hecho informado a la autoridad sino una hipótesis de investigación para ser comprobada o desechada en el decurso del proceso, más se reduce en este asunto su valor probatorio al advertirse que fue formulada meses después de dictado el fallo de primera instancia y que solo fue incorporada al expediente cuando ya se había proferido la de segundo grado, circunstancias éstas que no tienen explicación, pues lo lógico era haberla puesto en conocimiento del juez superior antes de la audiencia o por lo menos antes de la sentencia cuando aún era factible su demostración sumaria. Estas fallas introducen serias dudas sobre su credibilidad.

Las precedentes observaciones permiten afirmar que el hecho invocado como generador de violación supralegal no se encuentra demostrado en debida forma.

Este cargo tampoco prospera.

Por fuerza de 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 dos de marzo del año

pasado, dictada 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.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

TECNICA DE CASACION
CAUSAL SEGUNDA
SENTIDO Y ALCANCES DE LA CONFRONTACION ENTRE EL AUTO DE PROCEDER Y LA SENTENCIA

El término probatorio del juicio no es un ritual inútil, allí pueden aparecer demostradas circunstancias punitivas de atenuación o agravación que al ser reconocidas en la sentencia no rompen la armonía de aquellas dos piezas procesales; sucede lo mismo cuando en ese término surge un elemento que desplaza la especie delictiva hacia otra cobijada por la misma denominación jurídica.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 24.

Bogotá, doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Juzgado Segundo Superior de Buga profirió el 28 de noviembre de 1983, sentencia absolutoria a favor de Martha Mery Reyes de Granados, por el delito de falsedad documental.

Por vía de apelación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante falló del 17 de febrero de 1984, revocó la decisión de la primera instancia para, en su lugar, condenar a la procesada por el delito de falsedad a la pena principal de 42 meses de prisión y a las accesorias de rigor.

Contra esta última resolución se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

HECHOS

Fueron resumidos en la providencia impugnada de la siguiente manera:

"...El rector del colegio de secundaria 'Alfonso Sawasky' del Municipio de Yotoco, señor José Marcel Franco Rojas, con fecha trece de abril de mil novecientos ochenta y uno, compareció ante la Alcaldía Municipal del lugar y denunció penalmente algunas irregularidades que se presentaron por los meses de febrero y marzo del

referido año. Según las propias palabras del denunciante, por informaciones que le suministrara Ilba Esperanza Ramírez Ceballos, bibliotecaria del colegio a su cargo, tuvo conocimiento que una empleada del supermercado 'Mercafé' de Buga, le comentó que le 'parecía sumamente raro que la señora Martha Reyes de Granados', en repetidas ocasiones compró en ese establecimiento, artículos que canceló con cheques del colegio, firmados por él y la nombrada Reyes de Granados, esta última en su calidad de tesorera. Ante la irregularidad advertida optó por trasladarse a la entidad girada (Banco Cafetero) de esa municipalidad y al hacer las averiguaciones del caso, recibió como respuesta, por parte de la empleada Aleyda Rodríguez Garcés, que efectivamente procedente de la ciudad de Buga había llegado una remesa con numerosos cheques...".

La demanda

Al amparo de la causal segunda de casación (artículo número 580-2 del C. de P. P.), el actor pretende la infirmación del fallo del Tribunal Superior por considerar que esa pieza procesal no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Al efecto, aduce:

"...En el caso de autos, es notoria la falta de armonía entre el pliego de cargos que contiene el auto de proceder proferido por el juez del conocimiento, que residenció en juicio criminal a mi defendida, por el delito de Falsedad en Documentos Privados, que define y sanciona el artículo número 221 del C. P. vigente, con una pena de uno a seis años de prisión y en desacuerdo e inconsonancia con esa decisión, la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, condena a la procesada Martha Mery Reyes de Granados, por el delito de Falsedad en Documentos Públicos de que habla el artículo número 218 del C. P., que tiene como sanción, prisión de tres a diez años, agravando así la situación de la procesada...".

Más adelante, en el acápite que denomina "fallo que ha de reemplazar a la sentencia impugnada", agrega que hubo ausencia de dolo y que la falsedad fue inocua, razones suficientes para absolver a su cliente, y así lo impetra.

El Ministerio Público

Advierte que la demanda es contradictoria cuando expresa:

"...Mientras en la primera parte de su discurso critica, sin fundamento, una supuesta discordancia entre la sentencia y el auto de proceder en perjuicio de los intereses de su cliente, porque fue condenada por un delito más drásticamente sancionado que aquél por el cual se le comprometió en juicio, como fue el de falsedad en documento privado lo cual no es cierto porque el cargo se formuló en la parte resolutiva, en la forma correcta en que lo ordena el numeral 4° del artículo número 483 *ibid.*, y la especificación sobre la clase de ilícito se desarrolló en la parte motiva para advertir que se trataba de una falsedad en documento privado, el censor demanda la absolución en el 'fallo que ha de reemplazar a la sentencia impugnada'.

por ausencia de prueba plena o completa de infracción a la ley penal, y en últimas, porque podría tratarse de una simple falsedad inocua...".

Luego, respecto de la pretendida discordancia entre la sentencia y el auto de proceder, precisa:

"...Ha de agregarse que la calificación genérica del delito se mantuvo en la sentencia tal como se hizo en el vocatorio a juicio, y que la modificación que resultó en la misma para condenar por un delito ciertamente más grave que el contemplado en la parte motiva del auto de cargos a la señora Reyes de Granados, fue la resultante de un proceso de análisis jurídico de la situación, no del capricho del juzgador, y que surgió de la realidad probatoria no alterada en la fase del plenario, es decir, que el auto de proceder, como base de la sentencia guardó los lineamientos indispensables del debate y sirvió de apoyo a todas las garantías de la acusada y de fundamento a la actividad de todas las personas intervinientes en el proceso...".

Finalmente solicita que la Corte NO CASE la sentencia cuestionada.

CONSIDERANDOS

El actor propone la causal segunda de casación señalando que la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el auto de proceder porque su representada fue llamada a responder en juicio criminal como responsable del delito de falsedad en documento privado y, sin embargo, la condenó por el delito de falsedad en documento público. Proceder que afectó su defensa y gravó punitivamente su situación jurídica.

La Sala no ve la necesidad de pronunciarse sobre la naturaleza del título-valor denominado cheque cuando es expedido o emitido por funcionario público en ejercicio de sus funciones, pues el asunto aquí planteado se resuelve con la simple y llana aplicación técnica de la causal invocada.

Para tal efecto resulta indispensable recordar que sobre la causal segunda de casación la Corte enseña:

"...La causal segunda de casación (artículo número 580-2 del C. de P. P.), señala la ocurrencia de dos errores que quebrantan la estructura básica del proceso, esto es, dos errores *in procedendo*, ambos expresivos de un inequívoco desacuerdo o desarmonía entre la sentencia y el auto de proceder, o de aquélla con el veredicto del jurado.

"El sentido general que informa esta causal, es el de que la sentencia debe ser un trasunto fiel del auto de proceder o del veredicto del jurado. Exigencia de simple lógica porque auto de proceder, veredicto y sentencia constituyen la espina dorsal sobre la cual se sostiene toda la estructura del proceso, de manera que si esas piezas no encajan dentro de otra se produce un desacuerdo o una desarmonía de tal envergadura que la relación jurídica-procesal, en primer término, y la jurídica-sustancial, de contragolpe, se desplazan al terreno del absurdo.

"No es posible concebir una sentencia que no resuelva todos y cada uno de los cargos que se formulan en el auto de proceder, ni es posible admitir una sentencia

que no se fundamente en un veredicto válido en los casos en que éste se requiere. No es posible, pues en lógica jurídica, aceptar que la sentencia desconozca, total o parcialmente, el auto de proceder o el veredicto del jurado cuando ambos extremos se encuentran exentos de todo vicio.

"La causal, entonces, supone para el juez de casación una labor de confrontación de la sentencia con esas piezas procesales para establecer si existe entre ellas identidad de materia o de substancia en el ámbito de las definiciones sobre lo que fue tema de juicio. Para desarrollar esta labor acude a la expresión jurídica de esas resoluciones en busca de los puntos de disconformidad que puedan aparecer entre ellas y, por tal modo, concluir hasta dónde es necesario armonizar esos actos del proceso mediante el quebrantamiento de la sentencia..." (Cas. Penal, Septiembre 4 de 1984).

Pues bien, *la confrontación a que se refiere la jurisprudencia transcrita, cuando de incongruencias relativas se trata, que es precisamente la que aquí se presenta, procede si el fallador dedujo un cargo inexistente en el auto calificatorio y no demostrado en la causa, o desconoció uno consignado en dicho proveído y no demeritado igualmente en esa etapa del proceso.*

Esto pone de manifiesto que el término probatorio del juicio no constituye un ritual inútil. Significa que su finalidad, entre otras, es probar que las circunstancias específicas favorables o desfavorables deducidas en el auto de proceder pueden ser demeritadas y aún quedar demostradas las que no se pudieron tener en cuenta en ese pronunciamiento. Situación que de presentarse, en uno u otro sentido, justifica la sentencia que sin cambiar la denominación genérica del delito las desecha o reconoce estas últimas con todas sus consecuencias punitivas.

Si esto es de posible y legal ocurrencia dentro del concepto de estructura básica del proceso y dentro de su dinámica natural, también resulta obvio que una especie delictiva pueda, en las mismas condiciones, desplazarse hacia otra de igual género en la sentencia sin que el esquema procesal sufra traumatismo alguno ni el derecho de defensa se afecte porque el fenómeno haga más leve la punición o, por el contrario, la agrave.

No hay traumatismo estructural porque se conserva el nomen iuris *de la infracción, ni lesión del derecho de defensa porque la contradicción de la nueva prueba se sortea en el plenario de la causa, quedando por este modo exento el proceso de todo vicio enmendable por la vía de la casación.*

En estos eventos, la incongruencia relativa entre la sentencia y el auto de proceder emerge inocua a la luz del derecho.

En este caso, como se advirtió en precedencia, la situación jurídica que se presenta encaja de modo exacto dentro de la causal segunda de casación. En efecto:

A la procesada, se repite, se le hizo en el auto de proceder la imputación de una falsedad en documento privado y en la sentencia de segundo grado se la condenó por una falsedad en documento público. Esta presentación jurídica de lo ocurrido implica que ella se defendió de un cargo y que, sin embargo, se la condenó por otro muy distinto sin darle oportunidad de rebatirlo.

En el término probatorio de la causa no se modificó el cargo del enjuiciamiento, pues ninguno de los sujetos procesales intervinientes ni el Estado por acción oficiosa del juez del conocimiento, intentaron cambiar en ese punto la condición jurídica de la procesada, por el contrario, permanecieron silentes.

Si la ley del proceso, la pieza rectora del juicio, la que establece los cargos que se le formularon al procesado no se modifica en la etapa probatoria de la causa, debe respetarse en su integridad y en armonía con ella dictarse la sentencia respectiva. De lo contrario, se viola la estructura sustancial del proceso y se conculca el más sagrado de los derechos: el derecho de defensa.

Por estas razones, de acuerdo con el artículo número 583-1 del Código de Procedimiento Penal, se casará parcialmente la sentencia y la Corte proferirá lo debido.

En consecuencia, la procesada Martha Mery Reyes de Granados será condenada por el delito de que trata el artículo número 221 del Código Penal, por ser la persona que de modo consciente y voluntario falsificó y usó los cheques cuestionados en este proceso.

Como la conducta punible fue reiterada (artículo número 26 *ibidem*) se le impondrá como pena principal privativa de la libertad la mínima de un (1) año aumentada en seis (6) meses, esto es, que purgará un total de diez y ocho (18) meses de prisión.

Las penas accesorias y demás decisiones de la sentencia objetada se conservarán tal y como allí se expresan.

Por lo afirmado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia a que se ha hecho mérito para imponer a la procesada Martha Mery Reyes de Granados la pena principal de diez y ocho (18) meses de prisión en lugar de la que le fue señalada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CUESTIONARIO. ELABORACION

El hecho que debe quedar consignado es el hecho típico, de modo que en el interrogante deben figurar los elementos esenciales que aparecen en la descripción genérica hecha por el legislador. Suprimida del vigente Código, la expresión "propósito de matar", se eliminó del tipo una inútil reiteración de un aspecto de la culpabilidad, porque siguiendo los lineamientos del artículo número 39 del estatuto que ahora rige (Dto. 100/80); la culpa y la preterintención sólo se presentan en los casos expresamente determinados en la ley.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*
Aprobada: Acta número 24 de marzo 12 de 1985.

Bogotá, trece de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor defensor del condenado Ezequiel Figueroa Abello, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Séptimo Superior de esa ciudad y en la cual se impuso al procesado la pena de diez años de prisión y las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En las horas de la tarde del 23 de abril de 1981, se encontraban Anselmo Pérez y Teófilo González en una cantina ubicada en la vereda "La Esperanza", en el Municipio de San Vicente (Santander). Posteriormente llegó a ese lugar Ezequiel Figueroa, quien fue invitado a compartir la mesa con Pérez y González. En el curso de la conversación se suscitó una discusión entre Teófilo y Ezequiel que terminó cuando aquél invitó a su oponente a dirimir la controversia por medio de las armas; salieron a la vía pública y allí Ezequiel disparó sobre Teófilo a quien le ocasionó la muerte.

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado 21 de Instrucción Criminal dispusiera la apertura de la investigación y dentro de ella oyera

en indagatoria a Ezequiel Figueroa Abello, contra quien profirió auto de detención precautelativa el 12 de mayo de 1981.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Séptimo Superior de Bucaramanga que calificó el mérito del sumario con auto de llamamiento a juicio en contra de Ezequiel Figueroa Abello, por el delito de homicidio voluntario cometido en la persona de Teófilo González Gualdrón. Apelado este auto fue confirmado integralmente por el Tribunal Superior de la citada ciudad.

Tramitada la causa el juzgado sometió a la consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado Ezequiel Figueroa Abello, de anotaciones personales conocidas en los autos, es responsable de haber dado muerte a Teófilo González Gualdrón, ocasionándole las heridas descritas por el señor médico legista en la correspondiente diligencia de autopsia visible al folio 16 del cuaderno original del expediente, durante hechos que tuvieron ocurrencia en las horas de la tarde del 23 de abril de 1981, en la vereda llamada 'La Esperanza', de la comprensión municipal de San Vicente (Sder)?".

El jurado respondió afirmativamente el cuestionario propuesto y con base en él, el juzgado dictó la sentencia que puso fin a la primera instancia. En ella condenó a Figueroa Abello a la pena de diez años de prisión, como responsable del delito que había dado lugar al enjuiciamiento. El Tribunal de Bucaramanga confirmó la sentencia que había sido apelada por el defensor.

La demanda de casación

El señor defensor del condenado pide que se case la sentencia de segunda instancia por cuanto estima que se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, en virtud de que fueron desconocidas las reglas procedimentales para la elaboración del cuestionario que debe someterse a la consideración del jurado de conciencia.

Las pautas legales para la elaboración del cuestionario, previstas en los artículos números 533 y 537 del C. de P. P., son de obligatorio cumplimiento, y su omisión o incumplimiento representa violación de las reglas que gobiernan el juzgamiento. En el caso que se examina, estima el impugnante, el cuestionario no "se redactó de conformidad con el auto de proceder", por cuanto se omitió interrogar sobre el propósito homicida, elemento indispensable para la configuración del delito que dio lugar a la condena y que no puede dejar de ser consignado por cuanto, ignorantes los miembros del jurado popular de las precisiones jurídicas, terminarían condenando por responsabilidad puramente objetiva, con desconocimiento de lo preceptuado por los artículos números 5, 35, 36, 37 y 38 del Código Penal.

La aludida omisión representa —según el actor— violación de las formas propias de cada juicio, ya que un cuestionario elaborado sin alusión alguna a la forma de culpabilidad, bien puede ser entendido con referencia a cualesquiera de las formas en que ella se manifiesta (dolo, culpa o preterintención y aún a responsabilidad objetiva), con desconocimiento del texto contenido en el artículo número 26 de la

carta. Estima, de otra parte, que el cuestionario no se redactó conforme al auto de proceder, por cuanto en esta pieza se hizo alguna relación de pruebas que podrían haber conducido al reconocimiento de un estado de ira y en la pregunta que se formuló no se consignó dicha circunstancia.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia impugnada, porque si bien es verdad que la inclusión del propósito de matar en el cuestionario, venía siendo considerado como presupuesto del debido proceso, dicha exigencia no está sometida a reglas invariables, en la medida en que el jurado tenga conciencia de su respuesta y de las consecuencias que de ella se deriven. Afirma que en el caso que se estudia el jurado sabía que se le preguntaba por un homicidio intencional y no por otra modalidad delictuosa, porque los jueces de hecho conocieron el auto de proceder que hacía inequívoca referencia a esta forma de culpabilidad, la cual se deducía también de las intervenciones de las partes en el debate. Destaca que aun cuando es aconsejable que en el cuestionario se incluya la referencia a la pertinente forma de culpabilidad para evitar críticas y controversias, ello no es indispensable si de otros datos procesales, el jurado conoce a plenitud su respuesta.

Consideraciones de la Corte

1. *El cuestionario que el juez somete a la consideración de los miembros del jurado de conciencia debe ajustarse en su redacción a los preceptos contenidos en los artículos números 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal. Aun cuando no existen formas rígidas para su elaboración, es indispensable que en la pertinente pregunta se cumplan los requisitos mínimos demandados en las disposiciones señaladas, con el fin de que se conserve la armoniosa correspondencia entre auto de proceder, veredicto y sentencia, con la consecuente claridad que deben tener los cargos formulados, presupuesto indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa.*

En ese orden de ideas prescribe el artículo número 537 del C. de P. P., que cuando se trate de varios hechos delictivos, por cada uno de ellos se formulará un cuestionario independiente, regla que también debe seguirse en el caso en que haya varios procesados. Esta exigencia legal permite que el proceso se desenvuelva dentro de límites de riguroso orden lógico, a más de que garantiza la aplicación del principio de la individualidad de la sanción penal, referida a cada procesado en concreto y a cada delito en particular.

En todo cuestionario, a su vez, el juez deberá preguntar sobre la responsabilidad que le cabe al procesado por el hecho que dio lugar al enjuiciamiento, de conformidad con el auto de proceder, con determinación clara de las circunstancias que los constituyan, sin que sea de recibo el empleo de denominaciones jurídicas. Es indispensable que el hecho y sus circunstancias específicas que motivan el interrogante, tengan trascendencia jurídica y emerjan del auto de proceder, por cuanto el cuestionario no es cosa diferente de la concreción de los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio, debidamente especificados, esto es, con el señalamiento de las circunstancias calificadoras que son aquellas que, incorporadas en el enjuiciamiento, están llamadas

a tener incidencia en la determinación de la pena, sin que deban ser incluidas las de carácter genérico que por expreso mandato del artículo número 534 del C. de P. P., son de apreciación reservada al juez en la sentencia. Además, el cuestionario no debe contener denominaciones jurídicas, no solo porque el procesado no responde por dichas denominaciones, responde por los hechos que haya ejecutado, en la medida en que ellos estén tipificados y por cuanto no puede exigirse a los miembros de un jurado popular el conocimiento de expresiones que pueden tener una restringida connotación cuyo alcance no están obligados a conocer.

2. *Como el punto de partida para la confección del cuestionario debe ser la conducta cuya realización se atribuye al procesado, siempre que esté recogida en un tipo penal, es obvio que el hecho que debe quedar consignado es el hecho típico, de modo que en el interrogante deben figurar los elementos esenciales que aparecen en la descripción genérica hecha por el legislador.*

En relación con el delito de homicidio voluntario es necesario aceptar que con la expedición del Decreto número 100 de 1980, se modificó la redacción de la anterior codificación, aun cuando sustancialmente no se presentó cambio alguno. En efecto, mientras el Código Penal de 1936, decía: "El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro...", en la legislación vigente el pertinente texto se redactó así: "El que matare a otro...".

Si bien es verdad que las dos citadas fórmulas legislativas están concebidas con expresiones gramaticales diferentes, desde el punto de vista jurídico son exactas. Durante la vigencia del Código de 1936, la doctrina llegó a la conclusión de que la exigencia del propósito de matar en el tipo que describía el homicidio intencional representaba una inútil reiteración del aspecto volitivo del dolo, que sobraba en el tipo porque de conformidad con la interpretación adecuada de las disposiciones de la parte general, llegábase a la conclusión de que todas las conductas descritas en la parte especial debían cometerse a título de dolo, a menos que expresamente se hubiese previsto la modalidad culposa. Y como en esta forma de homicidio no estaba consagrada la culpa en forma expresa, dicha conducta debía cometerse con dolo y, por lo tanto, con conocimiento y voluntad, no porque tal exigencia fuera propia de la tipicidad, sino porque desde la parte general venía exigida para todas las infracciones dolosas establecidas en la parte especial.

Suprimida del vigente código, la expresión "propósito de matar", se eliminó del tipo una inútil reiteración de un aspecto de la culpabilidad, porque siguiendo los lineamientos del artículo número 39 del estatuto que ahora rige, la culpa y la preterintención solo se presentan en los casos expresamente determinados en la ley, de suerte que en aquellos tipos en donde tales formas de culpabilidad no aparezcan consagradas, la conducta deberá imputarse a título de dolo. No obstante, adviértese, la supresión en el tipo de toda referencia a la culpabilidad, en manera alguna puede entenderse como eliminada del delito, porque por definición todo hecho punible es la suma de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a más de que el legislador ha insistido que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. En este orden de ideas es evidente que para la atribución de cualquier forma delictiva, excepción hecha de aquéllas en donde se estipula la culpa o la preterintención, el agente ha debido proceder con conocimiento y con voluntad, esto es, dolosamente.

3. *Las precedentes consideraciones conducen a la conclusión de que cuando el artículo número 533 del C. de P. P., exige que a los miembros del jurado popular se les interrogue sobre la responsabilidad que cabe al procesado por el hecho o hechos materia de la causa, está haciendo necesariamente referencia a los hechos que tiene significación jurídico-penal, vale decir, a los hechos tipificados. No existe razón alguna para pensar que a más de los elementos que integran la conducta típica, deba el juez preguntar sobre los restantes elementos del delito, de manera que no es necesario interrogar sobre la reprochabilidad y dañosidad del comportamiento, esto es, sobre su antijuridicidad ni sobre la ausencia de causas que la excluyan, así como tampoco de las previsiones legales surge la necesidad de preguntar sobre la culpabilidad ni sobre la falta de causas de exculpación.*

Es indispensable, sin embargo, que el jurado de conciencia conteste con absoluto conocimiento de causa sobre los puntos que originan el interrogante y como en la cuestión que se plantea, no solo se pregunta sobre la simple realización de una conducta típica, sino sobre la responsabilidad de un procesado, los jueces del pueblo deben comprender que la responsabilidad en materia penal no se atribuye simplemente por la realización de una conducta prevista en la ley, sino por la comisión de un delito que, por lo mismo, comprende la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es de suma conveniencia, en consecuencia, que en los delitos que admiten diversas formas de culpabilidad, el juez incluya en el cuestionario la referencia a la forma pertinente, con el fin de que no se presenten equívocos de ninguna especie. Ante un homicidio el jurado podría hallarse en situación de perplejidad, pues la conducta podría ser atribuida a título de dolo, de culpa o de preterintención, sin que resultara descartable una responsabilidad puramente objetiva, y justamente para evitar ese equívoco, lo más indicado es que en el cuestionario se incluya la referencia a la forma de culpabilidad por la cual se hizo el llamamiento a juicio.

Pero como lo fundamental es que los miembros del jurado popular tengan una clara conciencia de su respuesta y del alcance que ella tenga en relación con el procesado, bien puede ocurrir que en el cuestionario no aparezca alusión alguna al propósito homicida, pero éste se encuentre reconocido en el auto de enjuiciamiento. En efecto, en el auto de proceder cuya copia se entrega a los jueces de hecho, debe aparecer de forma inequívoca la clase de imputación en su aspecto subjetivo, la cual además, se colige de la manera cómo se realizaron los hechos y, principalmente de los planteamientos que se hayan formulados dentro de la audiencia pública. Si en juicio se establece, más allá de toda duda, que el agente actuó dolosamente, se habrá subsanado una deficiencia, lo mismo que, cuando no incluido el propósito de matar en el cuestionario, aparezca expresamente en la respuesta.

4. En el caso que ahora se examina es verdad que en el cuestionario no se incluyó la fórmula "con el propósito de matar" ni ninguna otra referencia a la culpabilidad dolosa; no obstante, en el auto de proceder de primera instancia se dijo: "...y siendo doloso el proceder de Figueroa y éste jurídicamente imputable al tenor de los artículos números 31 y 34 del C. P., se procederá de conformidad en su contra..."; así mismo, en el auto de vocación a juicio dictado en segunda instancia por el Tribunal de Bucaramanga se consignó: "El antijurídico comportamiento del procesado ha de imputársele a título de dolo...", pues, "...orientó su voluntad en esa

dirección antijurídica mediante determinación autónoma...". El señor fiscal en la audiencia destacó el propósito de matar con que había actuado el procesado, cuando afirmó: "...el acusado, ante los retos del occiso, muy bien hubiese podido abandonar el local, viendo el estado de embriaguez del interfecto, pero no lo hizo así y, por el contrario, permaneció allí, mostrando con ello su intención homicida, sus deseos de enfrentar a quien veía fácil vencer...". Por su parte el apoderado de la parte civil insistió en este aspecto cuando dijo: "...que Teófilo duró más de una hora frente a Ezequiel en la tienda, sin que en ningún momento hiciese siquiera el ademán de extraer el arma que portaba, lo que demuestra que su ánimo no era homicida, como si lo fue el del encausado...".

El señor defensor del procesado en momento alguno desconoció el proceder doloso de su poderdante; con su intervención buscó que se le amparara o bien con una legítima defensa, o que se le reconociera un exceso en la legítima defensa, o, por último, que se aceptara la atenuante de la ira o injusto dolor causados por comportamiento ajeno grave e injusto.

En estas condiciones resulta claro que los señores miembros del jurado respondieron con conocimiento de causa y que ninguna duda o situación de perplejidad podían tener cuando emitieron su respuesta, de donde se concluye que en el caso en estudio no se ha presentado una nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio, ya que en manera alguna se vio afectado el derecho de defensa. En consecuencia, el cargo no prospera.

Señala, de otra parte, el impugnante, que el cuestionario no se redactó de conformidad con el auto de proceder por cuanto en esa pieza procesal se destacan las expresiones injuriosas que lanzó la víctima sobre el procesado, sin que en el interrogante que se propuso al jurado se consignaran estas circunstancias.

De la lectura del auto de proceder, tanto el dictado por el funcionario del conocimiento, como del confirmatorio proferido por el Tribunal, se llega a la conclusión de que en esa oportunidad procesal no se reconoció al procesado la específica circunstancia de atenuación contemplada en el artículo número 60 del C. P., de suerte que no había razón alguna para incluirla en el cuestionario. De otra parte, obsérvase que no siempre las expresiones insultantes dan lugar a dicha atenuante, pues de conformidad con la disposición citada, para que el estado de ira o de intenso dolor, tengan el alcance de específica circunstancia de atenuación, se requiere que hayan sido causados por comportamiento ajeno grave e injusto, aspectos éstos que no fueron reconocidos en el auto de calificación aludido y que, por lo tanto, no debían aparecer en la cuestión sobre la que se debía responder al término del debate. Tampoco por este aspecto el cargo puede prosperar.

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 dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga dentro de la causa adelantada contra Ezequiel Figueroa Abello, por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO COMPLEJO. Dto. 1923/78 artículo 1° inciso 3, Dto. 100/80

No puede pretenderse, que haciendo servir el homicidio a los fines del delito complejo, la variación legislativa haga desaparecer por completo esta actividad delictuosa. Subsiste su consideración bien como concurso o como delito complejo, dependiendo una y otra alternativas del influjo que tenga en su aspecto punitivo el principio de favorabilidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 25 de 14 de marzo de 1985.

Bogotá, marzo quince de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Luis Enrique Sáenz, único recurrente en casación, fue condenado como coautor de los delitos de "secuestro extorsivo y hurto calificado", a veintitrés (23) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de diciembre 16 del año próximo pasado.

Admitida la demanda se procede a la definición de fondo.

HECHOS

Tuvieron ocurrencia el 16 de enero de 1979, a eso de las ocho de la mañana, día y hora en que varios individuos, entre ellos Luis Enrique Sáenz, irrumpieron en la residencia del señor Jorge Alberto Ortiz Gutiérrez, ubicada en la transversal 27 No. 39-23, de la nomenclatura de Bogotá. Bajo el apremio de las armas lograron conocer el sitio de la caja fuerte, de la cual sustrajeron dineros y bienes que luego se fijaron en un valor de trescientos cuarenta y un mil pesos ($341.000.00). Finalmente abandonaron el lugar llevándose al menor Jorge Andrés Ortiz Dussán, por quien exigieron como rescate la suma de un millón de dólares. El primero de mayo del citado año, se encontró el cadáver de este niño, en un potrero existente en la calle 73 con la carrera 72 de esta ciudad. El Instituto de Medicina Legal certificó como causa de su muerte "paro cardio-respiratorio central por trauma cráneo-encefálico por contusión".

ACTUACIÓN PROCESAL

El procedimiento seguido fue el de los consejos de guerra verbales —Brigada de Institutos Militares— y las normas aplicadas fueron las vigentes, en ese entonces del llamado Estatuto de Seguridad (D. 1923 de 1978).

Los cuestionarios sometidos a los vocales, por lo que hace relación el impugnador, se redactaron así:

Número 1. "El acusado presente, particular Luis Enrique Sáenz de anotaciones personales y particulares conocidas en autos, es responsable, si o no, de haber participado junto con otros en la privación de la libertad del niño Jorge Andrés Ortiz Dussán con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho ilícito consistente en haber exigido al señor Jorge Alberto Ortiz Gutiérrez, padre del menor, la suma de un millón de dólares a cambio de dejar en libertad al citado Infante, habiéndose producido la muerte del niño Jorge Andrés Ortiz en el curso de su cautiverio, según hechos sucedidos y ejecutados por el acusado entre el dieciséis (16) de enero y el primero (1°) de mayo de mil novecientos setenta y nueve en esta ciudad de Bogotá, D.E. ?"; y

Número 8. "El acusado presente particular Luis Enrique Sáenz, de anotaciones personales y particulares conocidas en autos; es responsable, si o no, de haber participado junto con otros y por medio de violencia a las personas en el apoderamiento de cosas muebles ajenas de propiedad del señor Jorge Alberto Ortiz Gutiérrez, avaluadas pericialmente en la suma de trescientos cuarenta y un mil pesos ($341.000.00), según hechos sucedidos y ejecutados por el acusado en esta ciudad de Bogotá el dieciséis (16) de enero de mil novecientos setenta y nueve (1979) ?".

Por mayoría se dio respuesta afirmativa a los mismos.

La sentencia de primera instancia aparece fechada el 15 de septiembre de 1980. La del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que por haberse levantado el estado de sitio actuó en la segunda instancia, lleva fecha de 16 de diciembre del mencionado año.

LA DEMANDA

A. Se acusa la sentencia por violación directa de la ley (artículos números 6, 28, 41 y 67 del Decreto número 100 de 1980, y, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, en armonía con el artículo número 26 de la C. N.) causada en la interpretación errónea de los artículos números 26, 61, 268, 270, 350 y 351 del Decreto número 100 de 1980.

Sobre el particular se anota:

"1. En sus elementos constitutivos generales, la nueva Ley Penal continúa considerando como punibles los hechos debatidos en el juicio, bajo las denominaciones genéricas de secuestro y hurto, encontrando adecuación típica en los artículos números 268, 270 y 350 del Código Penal.

"Pero no ocurre lo mismo en cuanto al agravante específico que consagraba el inciso tercero del artículo número 1 del Decreto número 1923 de 1978, como quiera

que el legislador de 1980 no consagró tal agravante, por considerar que el hecho de que la persona secuestrada falleciera durante su cautiverio, por una causa no imputable al sujeto agente, no podía considerarse como una circunstancia modificadora, para incrementar la sanción penal.

"Lo anterior se comprueba, evidentemente, con la simple lectura del artículo número 270 del Código Penal vigente.

"2. La orientación filosófica del actual estatuto punitivo condujo a la eliminación del agravante específico que consagraba el inciso 3° del artículo número 1 del Decreto número 1923 de 1978, norma inspirada en los conceptos de peligrosidad y de defensa social, que presidieron la legislación derogada y que repugnaría en el actual estatuto, gobernado por la tesis de que no puede haber pena sin culpabilidad.

"3. Teniendo en cuenta que en el actual Código Penal, el delito de mayor entidad jurídica de los que se tipificaron en el juicio, continúa siendo la figura de secuestro extorsivo, se tiene entonces que, para efectos de la punibilidad, en la sentencia de segundo grado, se ha debido tener en cuentá la dosimetría contemplada en el artículo número 268 del Decreto número 100 de 1980, con el incremento relativo a las circunstancias señaladas en el artículo número 270, del mismo estatuto, y que fueron deducidas en los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales, con relación en el artículo número 26 *ibidem*.

"4. Pero es, evidentemente ostensible, que el sentenciador de segundo grado, en el fallo acusado, no hizo regir el precepto consagrado en los incisos primero, segundo y último del artículo número 45 de la Ley 153 de 1887, disposiciones llamadas a gobernar el evento *sub-judice*, si se tiene en cuenta que:

"a) En la sentencia de primera instancia, proferida en vigencia del Decreto número 1923 de 1978, se condenó al recurrente, Luis Enrique Sáenz, teniendo como base para la tasación de la pena el inciso 3° del artículo número 1 de la disposición citada, que sancionaba la conducta allí prevista con pena de presidio de veinte a treinta años, y por ello, se le impuso una pena de veintitrés años de presidio;

"b) En la sentencia de segundo grado, el honorable Tribunal no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad de la ley penal y por ello confirmó la sentencia de primer grado en cuanto a la pena principal, sin siquiera hacer resaltar el hecho de la eliminación de la pena de presidio y para confirmar la privación de la libertad, por término de veintitrés años, cuando, a ese momento, el Decreto número 100 de 1980, en vigencia, había disminuido, de un modo fijo, los límites sancionatorios consagrados en la legislación derogada, ya que los mismos, según el artículo número 268 de dicho estatuto, quedaron en prisión, de seis a quince años.

"5. Si el honorable Tribunal, al proferir la sentencia acusada, le hubiera dado aplicación real y efectiva al artículo número 45 de la Ley 153 de 1887, norma que en su inciso final establece que en caso de duda, se resolverá por interpretación benigna, es palmario que, necesariamente, tenía que haber concedido al procesado Luis Enrique Sáenz, la correspondiente disminución de la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, cuando tenía vigencia un agravante específico que obligaba a dosificar la sanción penal sobre la base de una pena de presidio de veinte años,

agravante éste que, tal como se vio, no fue tenido en cuenta en la nueva legislación penal, vigente al momento de la sentencia recurrida, que parte de una pena sancionatoria de seis años de prisión, según el artículo número 268 del Código vigente, incrementada hasta en la mitad, por las circunstancias del artículo número 270 de la misma obra".

También se dice que hubo "violación al principio de la suma aritmética de penas" —artículo número 28 C. P.—, "ya que partiendo de una base de dosificación punitiva de seis años de prisión, según el artículo número 268 del Código Penal, incrementado hasta en tres años por la circunstancia del artículo número 270 del mismo estatuto y en relación con el artículo número 26 de dicha obra, la pena no debe sobrepasar a los once años de prisión".

Finalmente se glosa el que "no se hizo la modificación pertinente a la sustitución de la pena de presidio por la de prisión"; se aplicaron las máximas sanciones "sin que se dieran condiciones para ello"; y, se "interpretó equivocadamente las disposiciones antes citadas (artículos números 26, 61, 268, 270 y 350 del D. 100/80), como quiera que siendo las normas llamadas a regir el caso *sub-judice*, se les dio una inteligencia no prevista en las mismas, como por caso, el artículo número 26 del Código Penal, no implica necesariamente, que la pena a imponer por el delito más grave se multiplique por dos, por el solo hecho del concurso, puesto que hay que referir al artículo número 61 del mismo Código, norma ésta que indica, que la pena debe individualizarse subjetivamente, segun las modalidades del hecho, el grado de culpabilidad, y las circunstancias particulares de cada uno de los procesados, lo mismo que el grado de participación delictual y la personalidad del agente, todo ello relacionado con las normas tipificantes de los hechos punibles, en el caso presente son los artículos números 268, 270 y 350 del citado Código Penal".

B. Falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, en este caso los cuestionarios presentados en el consejo de guerra verbal.

La sentencia acusada hace referencia al delito de homicidio. Este, para el censor, no se tuvo por probado en el juicio ni ese cargo se formuló en los cuestionarios.

"Si bien es cierto que las circunstancias de atenuación o agravación punitiva, genéricamente consideradas en la legislación penal, no son materia de decisión por parte del jurado de conciencia, según lo previsto en el artículo 534 del C. de P. C., no menos cierto es igualmente, que, entratándose de agravantes específicos, o circunstancias modificadoras, debe interrogarse sobre las mismas a los juzgadores de hecho.

"En los cuestionarios puestos a la consideración de los vocales y distinguidos con los números 1° y 8° antes transcritos, no se interrogó sobre la circunstancia de agravación punitiva específicamente consagrada en el numeral 2° del artículo 270 del Código Penal vigente, esto es, haber sometido a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permaneció secuestrada.

"Por lo anteriormente expuesto, es evidente la incongruencia de la sentencia, con los cuestionarios y el veredicto, ya que la respuesta afirmativa sobre la responsabilidad penal del señor Luis Enrique Sáenz, dada por la mayoría de los vocales, no

puede hacerse extensiva, ni al delito de homicidio, ni a la circunstancia de agravación punitiva, aludida, consagrada en el numeral 2° del artículo 270 del Código Penal, y, por ello, la adecuación punitiva, para efectos de la pena, es indebida.

"El hecho de haberse incluido en el cuestionario número uno lo relativo a la circunstancia de haber fallecido el menor secuestrado, durante su cautiverio, no puede interpretarse, en forma alguna, como un interrogante expreso, sobre la responsabilidad penal del señor Luis Enrique Sáenz en el delito de homicidio a que alude la sentencia del honorable Tribunal, y ni siquiera puede tomarse como una afirmativa de la materialidad del homicidio, puesto que simplemente se interroga sobre el fallecimiento de la persona secuestrada, pero nada se dice sobre si la muerte fue intencional, preterintencional, culposa, o devino por circunstancias naturales".

Razones de la parte civil

Se limita ésta a transcribir el concepto de la delegada agregando, como conclusión, que "si alguna petición pudiera formular válidamente la parte civil, en cuanto concierne a la graduación de la pena, sería la de que se aceptaran las razones de la Procuraduría para no casar el fallo recurrido en el aspecto objetado, es decir, en el de que la Corte efectúe una nueva apreciación de la naturaleza y cuantía de la pena impuesta, pena igual a la de los coautores que no sustentaron el recurso extraordinario".

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Tras advertir que el Tribunal y el recurrente coinciden en que la conducta de Sáenz debía gobernarse por el C. P. vigente a partir de 1980, para acatar el precepto constitucional consagrado en el artículo 26, afirma que "esa favorabilidad es más aparente que real" y observa que aquél dedujo la posibilidad de tres delitos (homicidio agravado, secuestro extorsivo y hurto agravado), pero prescindió del primero de éstos y acogió como infracción más grave la segunda.

De su opinión, a este respecto, se extractan los siguientes apartes:

"...Está suficientemente probado que la muerte violenta del infante Jorge Andrés Ortiz Dussán a manos de sus secuestradores se produjo con claro aprovechamiento de la situación de indefensión o inferioridad en que se encontraba dada su corta edad y que dicha conducta se adecúa típicamente a la descripción de homicidio agravado contenida en los artículos 323-7° del C. P. vigente, reprimida con pena de prisión de 16 a 30 años.

"Siendo éste el delito más grave de los tres imputados al acusado, para efectos de graduarle la pena habría que partir del mínimo de 16 años, incrementándolo en 7 años en razón de la gravedad y modalidades del hecho punible; por concurrir en su contra las circunstancias de agravación punitiva contempladas en los ordinales 4° y 7° del artículo 66 del Código Penal consistentes en la preparación ponderada del delito y el haber obrado con la complicidad de otros, y por tratarse de un concurso de hechos punibles, lo que le significaría una pena imponible de 23 años de prisión que fue precisamente la impuesta en la sentencia impugnada.

"Es verdad que el legislador de 1980, eliminó como circunstancia modificadora de la culpabilidad en el secuestro extorsivo el hecho de la muerte de la persona secuestrada por causa o con ocasión del secuestro, pero también lo es que el homicidio como tipo básico recobró, por voluntad de ese legislador, su autonomía delictual siendo imperativo considerarlo en la sentencia puesto que la nueva ley no le quitó al hecho su carácter delictuoso.

"Resulta inconcebible y antitécnico que habiéndose acogido el demandante a una de las formas de violación directa de la ley sustancial pretenda desconocer la existencia del delito de homicidio que fluye de modo manifiesto en el proceso y sobre el cual fueron interrogados los vocales del consejo de guerra, giró el debate probatorio y se fundamentaron los fallos de instancia, aunque con diferente enfoque jurídico, para reclamar que no sea tenido en cuenta en la imposición de la pena que corresponda a su representado.

"Los artículos 28 y 41 del Código Penal no fueron quebrantados por el fallador toda vez que la pena impuesta al responsable no excede el límite previsto en la primera norma y de la simple lectura del fallo se aprecia la conversión de la pena de presidio por la de prisión.

"Como quiera pues, que el recurrente no logró demostrar el yerro atribuido al sentenciador con incidencia necesaria para infirmar parcialmente la sentencia acusada reemplazándola por otra que rebajara la pena impuesta al sentenciado, el cargo formulado en tal sentido es infundado y debe desestimarse...".

En cuanto al segundo cargo, anota:

"...No es valedera la protesta por haberse omitido interrogar separadamente en ellos respecto al homicidio del niño puesto que como ya se anotó, tratándose de un delito complejo agravado por la muerte de la persona secuestrada o de un tercero resultaba indiferente pecisar o indagar sobre los elementos estructurales del tipo penal, sus circunstancias o modalidades.

"Desintegrada la figura del secuestro extorsivo como delito complejo por el advenimiento del Código Penal de 1980, automáticamente recobraba su autonomía el delito de homicidio siendo forzoso considerarlo en la sentencia ya no como circunstancia agravante o modificadora del secuestro extorsivo sino como tipo penal independiente, concurrente con éste y el hurto calificado que fue lo que esbozó el Tribunal Superior aunque sin llegar a concretar jurídicamente dicho fenómeno.

"Pero de esa desafortunada sindéresis no puede colegirse que la sentencia que puso fin al proceso no guarde consonancia con los cargos formulados en los cuestionarios sometidos a consideración de los vocales del consejo de guerra —jurisprudencialmente equiparados al auto de proceder en el procedimiento ordinario—, o esté en desacuerdo con el veredicto puesto que la condena cobija, aunque no con la debida propiedad, los tres comportamientos ilícitos por los que fue llamado a responder el acusado y respecto a los cuales, se afirmó por mayoría de votos, su culpabilidad...".

Consideraciones de la Sala

Los desaciertos que la Delegada ha señalado en la demanda que se analiza tienen esa significación. Sobre el particular se reitera el criterio, en estos términos:

1. *La interpretación más admitida en el ámbito nacional respecto de la figura delictiva consagrada en el artículo 1°, inciso 3° del Decreto número 1923/78 ("si por causa o con ocasión del secuestro se produce la muerte de la persona secuestrada o de terceros, la pena de presidio será de veinte a treinta años"), ha sido la de considerarla como la creación del llamado delito complejo en el cual el delito de "secuestro extorsivo" comprendía el delito de "homicidio", ya de la propia víctima, ya de terceras personas.*

Esta consideración, por sí, permite deducir que, por tratarse de "secuestro extorsivo", el delito de "homicidio" cometido en tales circunstancias y plenamente predicable de sus autores ("por causa o con ocasión"), desapareciera de la órbita de juzgamiento. De ahí que la Resolución número 095 de 31 de julio de 1980 (fl. 1069), mediante la cual se convocó el correspondiente consejo de guerra verbal, acertara en la mención de "los delitos de secuestro y homicidio que definen y sancionan el artículo 1° del Decreto número 1923 de 1978 y el Código Penal en su Libro 2°, Título XV, Capítulo I", notándose solo la omisión de lo relacionado con el delito "robo", aspecto subsanado en la parte más esencial de este procedimiento especial, vale decir, en la formulación del cuestionario número 8.

2. *En estas circunstancias bien podía acatarse, tanto por el juzgador militar como por el ordinario, la tendencia del delito complejo (secuestro extorsivo) o recurrir a la forma concursal (secuestro extorsivo y homicidio), pues no falta quien explique, y con atendible lógica, que los términos "por causa o con ocasión" destacan un aspecto causal accidental, secundario o coyuntural, el cual pierde esta conexidad y efecto cuando el homicidio constituye un fenómeno ajeno a estas características y readquiere su absoluta autonomía y prevalencia y se profundiza la relación de causalidad.*

Si el recurrente acudió a la violación directa de la ley sustancial, no podía, en estas condiciones, objetar el que tanto el juzgador de primera como de segunda instancia consideraran uno de los hechos como delito de homicidio, bien para constituir el delito complejo o para concluir en una forma concursal de los delitos de "secuestro extorsivo" y "homicidio".

El cambio de textos penales que el impugnador destaca, no tiene las consecuencias que le asigna y menos dentro del ámbito procesal en que actúa esa modificación. No puede pretenderse que, haciendo servir el homicidio a los fines del delito complejo, la variación legislativa haga desaparecer por completo esta actividad delictuosa. Subsiste su consideración, bien como concurso o bien como delito complejo, dependiendo una y otra alternativa del influjo que tenga en su aspecto punitivo el principio de favorabilidad.

3. *Cuando el Ministerio Público alude a la aparente favorabilidad de tomar las regulaciones del Código Penal de 1980, sobre los preceptos del Decreto número 1923/78, acierta pero por razones distintas de las que invoca como apoyo de su tesis. Para él no existía tal benignidad porque, a la postre, en uno y otro sistema represor, la pena concreta fue de veintitrés años de prisión. Pero más que esta coincidencia lo que hay que mirar es la posibilidad abstracta de los máximos y de los mínimos de la pena impunible. Y, en ese punto, si hay un factor que define la cuestión en favor del Código Penal de 1980, señalado por el Tribunal: la doble previsión del artículo 28. Es así como en este estatuto no es dable superar, en caso alguno, el límite de treinta años de*

pena privativa de la libertad ni la pena podrá ser superior a la suma aritmética de las que corresponden a los respectivos hechos punibles. En cambio, en el precedente régimen penal y que regía para la época de comisión de los hechos, sí era dable quebrantar una y otra restricción, aunque la última se mantenía no tanto por la letra de las disposiciones vigentes como sí por las muy humanitarias orientaciones de la jurisprudencia.

4. También está en lo cierto la Procuraduría cuando destaca que el Tribunal dijo una cosa y aplicó otra, equivocación que ha debido advertir el recurrente para abstenerse de impugnar su fallo, pues a expensas de la misma pudo señalarse una sanción igual a la fijada por el juzgador de la primera instancia, evitándose una intensificación de pena, muy fácil de explicar y apoyar en las acciones cumplidas y en las normas pertinentes.

Si el Tribunal, al reconocer la comisión de tres delitos (homicidio agravado —artículo 324—, secuestro extorsivo —artículos 268 y 270— y hurto agravado —artículo 350—), evaluación que permitían las veredicciones emitidas y el cambio de legislación, hubiera partido del delito verdaderamente más grave (artículo 324: dieciséis a treinta años de prisión), la pena habría resultado más alta, aun dentro de sus cálculos relacionados con los concursos y las agravantes tenidos en cuenta.

No cree la Sala que haya interés jurídico por parte del recurrente en que se enmiende este yerro y de ahí que, demostrada la incorrección de sus planteamientos, sea más del caso pasar por alto esta equivocación. Ni dentro de los preceptos del Decreto número 1923/78 ni de los del Código Penal actual, es dable aminorar la pena dispensada. Esta coincidencia lejos de destacar una desmedida severidad del Tribunal, evidencia el común rigor de uno y otro estatuto para sancionar esta clase de conductas, cuando se dan las especiales circunstancias que las acompañaron.

En relación con la naturaleza de la pena impuesta debe decirse que el fallador de la primera instancia, obediente a la norma que debía acatar cuando profirió su fallo, aplicó el presidio. El Tribunal, en la sección de consideraciones y como enmienda insoslayable por la forma como se redactara la parte resolutiva ("...segundo: confirmar la sentencia materia de apelación en todo lo demás, con las aclaraciones hechas en la parte motiva de esta providencia..."), dijo: "...todo lo cual arroja un total de veintitrés años de prisión. Como esta fue la pena principal que impuso el *a quo* en la sentencia materia de apelación se confirmará pero con las aclaraciones que se acaban de hacer..." —subraya la Sala—.

Por lo demás, la sustitución del presidio en prisión, es efecto que puede hacerse en cualquier momento y que aún puede omitirse en la esfera judicial, pues el artículo 377 del C. P., señala: "tránsito de legislación. A partir de la vigencia del presente Código, quienes estén cumpliendo condena de presidio o de relegación a colonia agrícola continuarán descontándola como si se tratara de pena de prisión". A este fin, no es necesario el remedio de la casación, máxime cuando el defecto censurado aparece inexistente.

Por último, atendiéndose al cúmulo de pena impuesta y lo que podía determinarse para cada una de las infracciones, resalta que no se superó la suma aritmética de las sanciones inherentes a cada una de ellas. La solución concursal se utilizó

adecuadamente. Nótese que el artículo 270 permite imponer prisión de 9 a 22 1/2 años; y el artículo 350, de 2 a 8 años. La enunciación evita otros raciocinios.

La objeción no prospera.

Como tampoco procede la enmarcada en el cargo segundo y en el cual trata de plantearse un fenómeno de incongruencia entre el veredicto y el fallo emitido. Algunas de las explicaciones anteriores fundamentan este aserto, pues allí se dejó dicho el porqué el juzgador podía reconocer la existencia del delito de homicidio agravado, porque los hechos, el cuestionario y la interpretación de los mismos, daban margen para considerarlo bien como entidad autónoma (que se mencionó pero no se aplicó en ninguno de los acápites de la sentencia) o como propio al delito complejo de secuestro extorsivo.

Cuando hay sucesión de leyes y estos cambios atraen el principio de favorabilidad, la nueva legislación, que debe ser aplicada integralmente al menos en sus específicas instituciones, tiene que adecuarse a los hechos cumplidos. Cada una de las agravantes del artículo 270, para aludir al caso examinado, si encajan cabalmente en la conducta realizada, deben deducirse al procesado desde que se haya escogido esta legislación como la más favorable. No es dable, como lo busca el casacionista, exigir la vigencia *ex post facto* de la legislación, pero al mismo tiempo invocar que, dentro de un mismo instituto jurídico-penal, solo se tome parte de él o se diga, en manifiesto contrasentido, que como no se incorporó en el cuestionario el aspecto nuevo del estatuto, se desestime toda valoración al respecto.

Finalmente, el memorialista también quebranta con este planteamiento, la técnica propia del recurso en la forma como lo ha querido presentar. En las circuntancias por él escogidas, no es dable desconocer que la muerte del secuestrado ocurrió "por causa o por ocasión" de este delito, resultando indiferente los fenómenos de intencionalidad, preterintencionalidad y culpa y no pudiéndose nunca, partiendo de tal presupuesto, afirmar que "devino por circunstancias naturales", pues esta consideración pugna con la connotación criminosa que aquélla implica.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

EXTRADICION
Artículo 755 C. P. P.

Limita la defensa de la persona solicitada a la demostración de que no se trata del individuo reclamado, a defectos de forma de los documentos presentados y a la comprobación de la ilegabilidad de la extradición.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 27.

Bogotá, diez y nueve de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El señor apoderado, debidamente reconocido, del ciudadano Manuel Antonio Ariza Fachola, reclamado en extradición por el Gobierno de los Estados Unidos de América, solicita la reposición del auto dictado por esta Corporación el 12 de diciembre de 1984, en virtud del cual se negó la práctica de algunas de las pruebas solicitadas.

Como fundamento de su solicitud considera que se ha vulnerado el derecho de defensa de su representado por cuanto no se le indicó la necesidad de que designara un abogado que lo representara, lo cual constituye violación de las garantías procesales. Estima, así mismo, que el nombramiento de apoderado no debe ser acto discrecional sino de carácter imperativo, de modo que la tramitación del incidente, dentro del cual solo existe un exiguo período de prueba, solo procede cuando haya asumido sus funciones el apoderado.

Estima que toda la tramitación surtida a partir de la notificación de la primera providencia es nula, de modo que se le debe dar posesión a fin de solicitar las pruebas conducentes a la real defensa de su patrocinado.

SE CONSIDERA

1°. Desde el auto del 29 de enero de 1985 (fl. 21), se dejó debidamente aclarado que el doctor Esteban Bendeck Olivella es el apoderado, debidamente constituido, del señor Manuel Antonio Ariza Fachola y en tal condición se le escucha dentro de esta actuación.

2°. *Repetidamente ha dicho esta Sala que el procedimiento de extradición es un mecanismo de naturaleza jurídica 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". En este orden de ideas es obvio que el trámite que se adelanta en el Estado requerido, no tiene por objeto la defensa del reclamado de los cargos que se le han formulado en el país reclamante, no solo porque la defensa referida a dichos cargos debe hacerse ante las autoridades que adelantan el correspondiente proceso, sino porque el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal, limita la defensa de la persona solicitada a la demostración de que no se trata del individuo reclamado, a defectos de forma de los documentos presentados y a la comprobación de la ilegalidad de la extradición.*

3°. Es verdad que las pruebas solicitadas por el señor apoderado fueron negadas por haber sido pedidas en forma extemporánea. Por este motivo no encuentra la Sala que se haya vulnerado el derecho de defensa de la persona reclamada, por cuanto lo fundamental es que se haya dado la oportunidad legal para hacer la solicitud, aun cuando de ella no haga uso el reclamado o su apoderado.

No obstante, la Sala dispuso de oficio la práctica de las pruebas pedidas por el señor apoderado que se sujetaban a los lineamientos del artículo 755 de la codificación citada. Las demás no fueron ordenadas o porque eran inconducentes o porque buscaban la defensa del reclamado en relación con los cargos que le formulan las autoridades norteamericanas, ya que es ante ellas en donde deberán ser presentados los descargos correspondientes.

En efecto, no se dispuso la nueva traducción de la documentación porque ella fue hecha por traductora e intérprete oficial autorizada por Resolución número 117 de enero 27 de 1984, del Ministerio de Justicia de Colombia. Esta misma determinación se ha tomado en otros procesos de extradición en donde se ha pedido similar prueba. Tampoco le ordenaron las pruebas relacionadas con la defensa de los cargos formulados por las autoridades norteamericanas y que dan lugar a la petición de extradición, por cuanto es ante dichas autoridades donde esas pruebas deben ser aducidas.

Por el contrario, se dispuso la práctica de todas las demás pruebas, por cuanto ellas dicen relación con la identificación de la persona reclamada.

En estas condiciones es evidente que la tramitación que se ha dado a la solicitud de extradición se sujeta a los preceptos legales vigentes y, por lo tanto, no es del caso acceder a las pretensiones del señor apoderado del ciudadano Manuel Antonio Ariza Fachola.

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

RESUELVE:

NO RESPONDER el auto de 12 de diciembre de 1984, dictado dentro del trámite de la extradición del señor Manuel Antonio Ariza Fachola, en atención a las razones consignadas en la motivación.

Cópiese y notifíquese.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

RECUSACION

La opinión impediente es aquella que manifiesta el funcionario fuera del proceso a su conocimiento y que tiene, además, por sí misma, fuerza vinculante.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 27 de 19 de marzo de 1985.

Bogotá, diez y nueve (19) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Decide la Corte acerca de la recusación propuesta por el doctor Flavio Vega Barrera en su condición de defensor del procesado Toribio Niño Perales, contra los Magistrados que integran la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctores Sixto Arias Vargas, Germán Camacho Rodríguez y Jairo Varcárcel Monroy.

Toribio Niño Perales, fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de homicidio agravado (artículo 363 del Código Penal de 1936) y el jurado de conciencia lo halló responsable "pero de homicidio concausal"; el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso acogió su veredicto y lo condenó a la pena principal de 64 meses de prisión.

El apoderado de la Parte Civil recurrió en apelación y llegadas las diligencias al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, con fundamento en el tiempo de reclusión, el trabajo realizado por el procesado y la rebaja de pena de que trata el artículo 72 del Código Penal (libertad condicional), el defensor solicitó la excarcelación de su defendido.

El Tribunal en providencia de 28 de agosto de 1984, negó el beneficio consignando:

"Empero, como lo dice el señor Fiscal Segundo de esta Corporación se debe partir para la dosificación de la pena del artículo 363 del Código Penal anterior. En efecto, como el asesinato concausal es un contrasentido y el jurado no suprimió expresamente la agravante establecida en el auto de proceder, debe partirse de la pena

mínima del artículo 363 del antiguo Código Penal, razón por la cual el procesado está lejos de cumplir la pena".

Recurrida en reposición la decisión del Tribunal, por auto de 4 de octubre siguiente fue negada su revocatoria, la misma Sala consignó:

"Se dice lo anterior porque la sentencia por no estar ejecutoriada o bien en virtud del recurso o bien en virtud de la consulta no puede cumplirse. En efecto, el artículo 208 establece que 'en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada'. Y el artículo 209 expresa que 'toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada'. Como la sentencia fue recurrida, y si no lo hubiera sido, por estar sujeta a consulta, no puede cumplirse aun en la parte en que se concretó la pena principal y por lo tanto la providencia recurrida no se ha de revocar para conceder la libertad como lo solicita el señor defensor" (fls. 24 y 34, Cdno. número 9).

El defensor del procesado luego de hacer referencia a las dos providencias antes transcritas en lo pertinente, promueve incidente de recusación contra los integrantes de la Sala en los siguientes términos:

"Mediante los autos ya mencionados, el Magistrado Ponente y demás miembros de la Sala, desconocieron y modificaron una sentencia procesalmente válida para las partes, con lo cual se vulneró el debido proceso, toda vez que una sentencia no puede ser modificada o revocada sino por otra sentencia de superior jerarquía, y nunca por un auto, siendo ley para las partes mientras tenga vigencia procesal. Por lo mismo, desconocieron los principios de la lealtad de las partes en el proceso y del proceso penal como relación jurídica que vincula a las partes intervinientes".

"...Por lo anotado, la Sala prejuzgó ilegalmente, pues ya concretó lo que en el futuro y en la sentencia va a decidir de fondo y en cuanto a la pena a imponer, base de todo proceso penal, prejuzgamiento que nació de un exceso en el cumplimiento de las funciones, de un desvío de los deberes propios del cargo, de una violación del debido proceso y de una apropiación de competencia. Con todo ello, se ha resquebrajado la seguridad, la igualdad, la imparcialidad de las partes, así como el derecho a ser oído dentro del proceso, pues se adelantó un juicio de fondo sin haberse surtido el trámite legal" (fl. 39 *ibidem*).

Los tres magistrados recusados respondieron más o menos en los mismos términos las argumentaciones del defensor del procesado y ratificaron el criterio expuesto en las dos providencias que resolvieron la petición de excarcelación del procesado Niño Perales.

En síntesis, dicen que con motivo de una petición de libertad, el juez debe hacer una calificación provisional de los hechos debatidos y con fundamento en las causales de agravación o atenuación punitiva, realizar una graduación anticipada de la pena que eventualmente deba corresponder y decidirla, sin que ello represente un desvío en sus funciones por cuanto la ley autoriza a efectuar esa tasación, no importa que se haya dictado sentencia de primer grado, máxime que ésta no se encuentra ejecutoriada en razón del recurso de apelación interpuesto.

Aduce que la pena impuesta por el juez de primera instancia no guarda relación con el auto de proceder, pues el jurado de conciencia declaró la responsabilidad penal del procesado sin haber eliminado expresamente la agravante deducida en aquél, siendo improcedentes los argumentos del defensor en cuanto a que la Sala modificó una sentencia mediante un simple auto interlocutorio.

Apoyan su negativa para declararse impedidos en diferentes decisiones de la Corte respecto de la causal de recusación prevista en el numeral 4° del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA

Es absolutamente cierto que cuando un juez o magistrado con motivo de su función decisora anticipa un criterio dentro de un proceso por hechos sometidos a su consideración, no es posible aceptar su impedimento o hacer viable su recusación, ya que esa es la finalidad de su labor.

Igualmente ha sostenido la Corte y en forma reiterada que la opinión impediente es aquella que manifiesta el funcionario fuera del proceso a su conocimiento y que tiene, además, por sí misma, fuerza vinculante.

Ocurre, sin embargo, que cuando el juez o magistrado con motivo de la resolución de un incidente dentro del proceso, adelanta conceptos que la ley reserva para posteriores y definitivas actuaciones, el proceder así constituye un claro prejuzgamiento porque las partes adquieren un conocimiento anticipado de aquello que debe ocurrir en otro momento procesal.

En el caso concreto, los magistrados recusados con oportunidad de una petición de excarcelación fundada en la tasación de pena concretada en primera instancia, negaron el beneficio so pretexto de ser equivocada la cuantificación punitiva por no corresponder a la calificación hecha en el auto de proceder y, porque, según su criterio, "el asesinato concausal es un contrasentido", refiriéndose con ello al valor del veredicto del jurado, lo cual no podían hacer sin agotar la tramitación de la instancia.

Para resolver la excarcelación demandada, solamente les era permitido hacer cálculos aritméticos sobre la pena impuesta en la primera instancia, para determinar si el procesado había cumplido el mínimo de la pena de que trata el artículo 72 del Código Penal y luego, concederla o negarla exclusivamente con fundamento en el análisis de los otros factores de orden subjetivo que demostraren la necesidad o no de tratamiento penitenciario para el recluso.

Cosa distinta hubiera sido que la Sala del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo como juzgador de segunda instancia conociera de un recurso de apelación contra la negativa de excarcelación por parte del inferior y que al decidirlo forzosamente tuviera que referirse a puntos expresamente consignados en la decisión del inferior, bien sea para revocarlos o para ratificarlos, en cuyo caso, no habría emitido opinión anticipada del fondo del asunto, sino que habría cumplido con el deber de revisar integralmente los puntos sometidos a su consideración o resolverlos de acuerdo con la ley.

Finalmente, como la institución de los impedimentos y recusaciones tiene por objeto asegurar a todo trance la imparcialidad e independencia del juez frente al caso sometido a su consideración, ha dicho esta Sala que con ella se busca "...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" (auto de 3 de mayo de 1983).

Quiere decir lo anterior que los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al referirse en un incidente de excarcelación a lo absurdo del veredicto del jurado y desatender el quantum *de pena impuesto en la sentencia de primer grado para negar así el beneficio impetrado, por ser superior la que en definitiva se puede imponer al desatar el recurso de apelación que llevó el proceso a la segunda instancia, adelantaron de manera indebida el pronunciamiento pendiente. Ello hace viable la recusación propuesta por el defensor del procesado.*

Como el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo está integrado en su Sala Penal por sólo tres magistrados, que son precisamente los aquí recusados, su presidente procederá a efectuar el sorteo de los conjueces que habrán de reemplazarlos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, DECLARA FUNDADA la recusación propuesta contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctores Sixto Arias Vargas, Germán Camacho Rodríguez y Jairo Varcárcel Monroy y los declara separados del conocimiento en este proceso.

El Presidente de la Sala procederá al sorteo de conjueces en la forma establecida en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía.

CAUSAL PRIMERA
VIOLACION INDIRECTA EN JUICIO CON INTERVENCION DEL JURADO. RECONOCIMIENTO DE ATENUANTES POR EL JURADO

La Sala mantiene como invariada y pacífica doctrina la tesis de no permitir, en procesos en los cuales interviene el jurado, la renovación del debate probatorio, pues los principios de valoración que al respecto impera en este sistema (autonomía y en conciencia) impide esta posibilidad, y además, de prosperar el cometido, llevaría a un fallo con abandono del veredicto proferido.

La Sala admite la diminuente en contestaciones del jurado como la que se comenta (artículo 64-3 C. P.), siempre y cuando se haya alegado en la audiencia y aparezca un aceptable respaldo probatorio de la misma.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 27, marzo 19 de 1985.

Bogotá diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en sentencia de trece de diciembre del año de 1983 y por el delito de homicidio agravado, impuso a José Aicardo Arcila Londoño, dieciséis años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

En tiempo oportuno se interpuso recurso de casación y presentada y admitida la demanda pertinente, se procede a la decisión de fondo.

HECHOS

Ocurrieron al amanecer del 5 de enero de 1982, en el mercado de la ciudad de Valledupar, concretamente en el depósito "La Sultana", de propiedad de Eufemiano

Carpio Abril y Libar Eliécer Carpio Angarita. Hasta allí se llegó José Aicardo Arcila Londoño, armado de una pistola, y disparó sobre Carpio Abril, ocasionándole la muerte. Perseguido el victimario por numerosas personas, fue herido por dos ocasiones, lográndose al fin su captura y el decomiso del arma homicida. Días antes, una cuñada del sentenciado, de nombre Marina Quintero, fue muerta de un disparo accidental, atribuido al señor Libar E. Carpio (o Cáceres).

Actuación procesal

De ésta solo se menciona que el llamamiento a juicio se profirió por el Juzgado 4° Superior (mayo 17 de 1982), para responsabilizar a Arcila Londoño de un homicidio agravado (artículo 342-7 del C. P.), confirmado por el Tribunal en auto de cinco de agosto del referido año. El cuestionario propuesto al jurado se respondió en los siguientes términos "sí es culpable, actuando en estado de ira e intenso dolor". El juzgado (abril 13 de 1983), lo declara contraevidente al considerar que se había reconocido, sin ningún fundamento, puesto que el enjuiciado siempre negó ser el autor de los hechos, la atenuante de la provocación. El Tribunal (mayo 25 de 1983) revocó este pronunciamiento y ordenó emitir sentencia condenatoria, la cual se produjo el 21 de septiembre del citado año, deduciéndose una pena privativa de la libertad de 18 años de prisión, para Arcila Londoño, sanción disminuida por el Tribunal, a 16 años.

La demanda

Se alegan dos causales. Se cita inicialmente el cuerpo primero del artículo 580 del C. de P. P. (violación directa de la ley), pues se considera violado el artículo 324 del C. P., ya que en todo el plenario "no aparece declaración alguna que determine ese estado de indefensión" reconocido en la sentencia. En este mismo acápite se anota que debió admitirse la procedencia del artículo 60 *ibidem* y, en consecuencia, atenuar la represión que no debió pasar de cinco años de prisión.

Luego se acude a la causal 2ª del mencionado dispositivo, puntualizándose el desacuerdo del fallo con el veredicto en el sentido de que éste admitió un estado de grave e injusta provocación.

Consideraciones de la delegada y de la Sala

Para el Ministerio Público la "demandante refunde sus argumentos en busca de dos resultados que se excluyen entre sí. El primero, la absolución de su cliente (tal vez, anota la Corte, por la referencia al artículo 216 del C. de P. P., aunque la recurrente lo relaciona más en el sentido de excluir, por duda, la agravante deducida, que en el de una plena inocencia) por falta de pruebas, ignorando que en los juicios con intervención de jurado no tiene cabida, a través del recurso de casación, un replanteamiento del debate probatorio porque este aspecto está reservado a los jueces de conciencia cuyo pronunciamiento obedece a su íntima convicción y no están ellos obligados a dar las razones de su fallo. El segundo resultado se orienta, en rigor, a la condena pero por el homicidio de simple propósito con base en la inconsistencia de la

prueba demostrativa de la agravante específica que calificó el delito y permitió la deducción de una sanción más severa.

"La misma falta de lógica afecta la segunda acusación a la sentencia del Tribunal, en efecto:

"No es comprensible cómo, si se ha discutido la responsabilidad del hecho punible y se ha demandado la absolución por falta de pruebas; si se ha discutido la prueba de la circunstancia especifica de agravación admitiendo correlativamente la del delito tipo bajo el ámbito de la causal primera, se pregona al amparo de la causal segunda del artículo 580 precitado, la falta de concordancia de la sentencia con el veredicto del jurado admitiendo la responsabilidad del procesado en el homicidio calificado, pero reclamando la atenuante especial del artículo 60 del Código Penal, que, tal como lo expresó el juzgador de segundo grado, no fue reconocida por el *juri* en virtud de que su presentación fue incompleta o deficiente y de que de la misma no daba cuenta el proceso. Además ni se debatió en la audiencia".

En buena parte asiste razón a la señalada crítica. La demanda, ciertamente no procuró un acomodamiento a las reglas de la técnica y de ahí su notoria y perjudicial deficiencia.

En efecto, pretendiéndose la acusación del fallo por violación directa de la ley, causal dentro de la cual no es dable controvertir los aspectos probatorios, que deben aceptarse tal como los determina la sentencia, vino en definitiva a desarrollarse la censura mediante una crítica de los elementos de convicción. La fundamentación resultó entonces desenfocada ya que lo expuesto debía conducir a cargo diferente, vale decir, la violación indirecta de la ley. De otro lado, y la memoria que al respecto hace la delegada no puede ser más pertinente, la Sala mantiene como invariada y pacífica doctrina, la tesis de no permitir en procesos en los cuales interviene el jurado, la renovación del debate probatorio, pues, los principios de valoración que al respecto impera en este sistema (autonomía y en conciencia) impide esta posibilidad y, además, de prosperar el cometido llevaría a un fallo con abandono del veredicto proferido.

En cuanto a la segunda censura resulta obvio que el jurado, por la forma de su respuesta, no fue lo suficientemente diáfano para permitir una clara deducción respecto a si quería la diminuente del artículo 60, o más bien, en función que le es ajena, el reconocimiento de la circunstancia de atenuación contemplada en el artículo 64-3 del C. P. La Sala, y el criterio es muy conocido, admite la diminuente, en contestaciones del jurado como la que se comenta, siempre y cuando se haya alegado en la audiencia y aparezca un aceptable respaldo probatorio de la misma. En el caso subexámine no se registra ni lo uno ni lo otro. Por tanto no procede integrar esa respuesta del jurado en la forma como lo quiere la impugnadora.

Las censuras deben desestimarse.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

20 de marzo de 1985. La anterior providencia no suscribe el señor Magistrado doctor Dante L. Fiorillo Porras, porque no asistió a la Sala, impedido por quebrantos de salud.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CONCUSION

Se reitera y aclara que existe abuso de la función cuando se desborda o restringen indebidamente sus límites o se utilizan con fines protervos, y que se abusa del cargo, cuando se aprovecha esa sola coyuntura en forma indebida por no estar el asunto de que se trata sujeto a la decisión del empleado o funcionario público.

Se ratifica lo dicho en sentencia de casación del 31 de julio de 1984.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 30.

Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Por apelación del Ministerio Público contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 1984, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual condenó por el delito de Concusión a la pena principal de dos años de prisión al Juez Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, doctor Alberto Delgado Rebellón, llegan las diligencias a la Sala previo traslado y fijación en lista.

HECHOS

Al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali le correspondió un juicio de lanzamiento contra la sociedad "Abiaad y Cía. Ltda.", representada por Rabid Salim Abiaad, persona ésta que denunció ante el Tribunal Superior de Cali al juez titular, doctor Alberto Delgado Rebellón, por cuanto dicho funcionario, días después de practicar una diligencia de inspección judicial en el local comercial materia del lanzamiento, se presentó allí mismo a las oficinas de Salim Abiaad y le solicitó en préstamo la suma de quince mil pesos ($15.000.00), no sin antes aducir necesidades hogareñas, y luego garantía con letras de cambio. El préstamo le fue otorgado en dinero efectivo, y sin la garantía ofrecida por que, según el denunciante, "yo no me atreví porque en la práctica no podía exigirle eso". Pasado algún tiempo el funciona-

rio le devolvió el dinero y le comentó que ya había salido fallo de lanzamiento, fallo éste que prácticamente se hallaba ejecutoriado por estar vencido el término de la apelación, y que lamentaba no poder ayudar. Rabid Salim Abiaad le comunicó a su abogado tal situación procesal, y éste le pidió que informara de tales hechos al Tribunal Superior.

RESULTANDOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante diligencias preliminares estableció la calidad de juez, del acusado doctor Alberto Delgado Rebellón para la época de los hechos denunciados, y al clausurarse la investigación ordenada lo encausó por el delito de concusión; le decretó la detención preventiva y, a la vez, le concedió la libertad provisional. Cumplidos los trámites de la causa, en clara consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, lo condenó a la pena principal ya puntualizada por considerar que el hecho mismo del préstamo se encontró debidamente probado por testimonios plurales y uniformes, y por la confesión

este sentido hizo el funcionario acusado de tener pleno conoci-
denunciante, Salim Abiaad, tenía interés en el proceso que cursaba
u cargo.

ibunal que únicamente el conocimiento de la relación funcional
cia del juez en las dependencias del almacén del demandado, quien
uncia: "...me pidió, la suma de quince mil pesos ($15.000.00). En
o tenía una situación sumamente delicada que resolver, de un lado
caso está donde el señor juez, el Juzgado Sexto, no debía haber dado
r su solicitud y al mismo tiempo temía, es decir, no quería tener
icos, todo eso tenía que resolverlo en unos segundos mientras que él
ne firmaba unas letras por esta suma. El temor prevaleció. Yo le
e mil pesos en dinero efectivo en ese momento al señor juez...".

el Tribunal que la esencia de la concusión radica en el abuso del
ionario, que se prevalece de su investidura para sacar provecho ilícito
n acierto el verbo rector "solicitar" no contenido en el Código anterior.

el Tribunal de la solicitud fiscal de absolver al procesado por cuanto el
abusó de su cargo, desconoció el bien jurídico tutelado, y obtuvo
to y perjuicio para la víctima, así la solicitud de préstamo no hubiera
da de expresiones o medios intimidantes, sino de un contrato de mutuo
ofrecía en garantía la firma de títulos valores, por cuanto basta que esté
la investidura del funcionario, ya que ésta se convierte por sí sola en una forma de constreñimiento o inducción de carácter moral que coloca a la víctima en la imposibilidad de decidir de manera libre ante tal tipo de solicitud.

Fuera de la pena principal, el procesado fue condenado al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con la infracción, y como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; se sometió a período de prueba de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, y se le reconoció el derecho a la libertad que le fuera concedida en anterior oportunidad, quedando inherentes a ésta la caución impuesta y las obligaciones impartidas.

ALEGATOS

A. En contra de la sentencia condenatoria interpuso recurso de apelación el fiscal 5° del Tribunal, con fundamento en que el Juez Delgado Rebellón no cometió el delito de concusión (artículo 140 del C. P.), por cuanto no abusó de su cargo sino que consiguió la celebración de un contrato de mutuo, sin intención de sacar ventajas indebidas, y que la prueba de ello se estableció con la cancelación del préstamo. Por otra parte, manifiesta la fiscalía, corresponde a la jurisprudencia aclarar qué requisitos deben concurrir para la configuración de la concusión, cuando ésta se tipifica con base en la solicitud de dinero o cualquier otra utilidad indebida.

B. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Sala, confirmar la sentencia condenatoria apelada, por hallarse cabalmente demostrado el delito de concusión y la responsabilidad del juez acusado; el mismo procesado, doctor Delgado Rebellón, confesó haber obtenido, de quien era parte interesada en un proceso de su conocimiento, un préstamo de dinero sin causación de intereses ni precisión de plazo para su cancelación, y las pruebas recogidas evidencian el propósito del empleado oficial de aprovechar la especial relación funcional para obtener con éxito la utilidad ilícita.

Al respecto, el Ministerio Público expresa:

"...El doctor Delgado abusó de su cargo, se colocó por fuera del marco de sus funciones oficiales y obtuvo por solicitud suya una utilidad indebida, aprovechando el natural temor que entraña el poder público y particularmente la investidura de juez, que sabía cierta el demandado y con invocación de la cual se presentó a sus oficinas. El procesado tenía plena conciencia que su calidad funcional era de suyo suficiente para obtener, de quien estaba a la expectativa de su decisión, un provecho ilícito y así ocurrió en realidad.

"El doctor Delgado con su proceder afectó de modo grave el buen nombre de la administración pública, sin mediar justificación atendible.

"Contrariamente a lo que sostiene el fiscal de instancia, la Procuraduría de acuerdo con el Tribunal considera que el tipo de concusión ... en el artículo 140 del Código Penal vigente, aparte de los verbos rectores de ... inducir, contiene el consistente en solicitud... contemplado en la codificación anterior y que el... de 1974, pretendió erigir en delito especial e independiente (concusión por petición ilegal, artículo 159).

"Pero lo cierto es que la conducta del juez acusado en el caso que examinamos, también ..., como se dijo, un constreñimiento de naturaleza ... y subjetiva, implícito en el propio abuso de la función pública y el temor que infunde la investidura de juez de la República en quien tiene interés y expectativa en una decisión suya...".

SE CONSIDERA

Atinado estuvo el fallador de instancia al dictar sentencia condenatoria por el delito de concusión, por cuanto la solicitud de dinero o cualquier otra utilidad indebida por parte del empleado oficial configura este delito, siendo... dos situaciones que son de suyo diferentes, ya que el empleado oficial puede cometer el delito de

concusión no solo cuando abusa de sus funciones, sino también cuando abusa de su cargo.

Se abusa de la función, cuando se desborda o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha esa sola coyuntura en forma indebida por no estar el asunto de que se trata sujeto a su decisión.

En el presente caso el Juez Sexto Civil del Circuito de Cali, doctor Alberto Delgado Rebellón, solicitó o aceptó dinero prestado, para su propio beneficio, a una de las partes en el proceso civil de lanzamiento que se adelantaba en su Despacho. En estas condiciones la obtención del dinero, por el empleado oficial, resulta fracamente indebida por indubitable abuso de su función.

Y, por otra parte, debe recordarse que no solo cuando el empleado constriñe puede cometer concusión, sino también cuando induce a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando simplemente los .... De suerte que basta pedirlos, sin apremio o compulsión alguna, para que se configure el delito. Es una forma de concusión implícita o encubierta porque parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, por parte de un empleado oficial, es obligante por sí misma, es ... comporta constreñimiento (Sent. Casación, 31 de julio de 1984).

En conclusión, y estando probado plenamente que el doctor Alberto Delgado Rebellón era empleado oficial, para la época de los hechos, y que abusando de su cargo solicitó dinero no debido para su propio beneficio, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

28 de marzo de 1985. No suscriben la precedente sentencia los honorables Magistrados Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez y Pedro Elías Serrano Abadía, porque: el primero se hallaba enfermo y los otros, con permiso.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

NULIDAD
AUTO DE PROCEDER. INDEFINICION Y AMBIGUEDAD EN LA FORMULACION DE LOS CARGOS

Un auto de proceder que adolezca del grave vicio de la indefinición y de la ambigüedad en la formulación de los cargos que imposibilite la defensa e impida la aplicación del derecho en la sentencia, viola las formas propias del juzgamiento y por lo tanto, será nula.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 30.

Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Sincelejo, contra la sentencia dictada por ese Tribunal en la cual se absolvió a la procesada María Auxiliadora Alba Yáñez de Sierra en razón de los cargos que se le habían formulado en el auto de proceder.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de intervenir en el trámite contemplado para el recurso extraordinario, de acuerdo con lo previsto por el artículo número 571 del C. de P. P.

HECHOS

Fueron narrados así por el juez del conocimiento:

Se sindica a Ricardo Gómez Casseres Madrid, Ruth Moreno de Arenas, María Auxiliadora Alba Yáñez y Yadira Pineda Melgarejo, el primero en su calidad de gerente de la lotería "La Sabanera", la segunda como gerente encargada, y las otras dos, empleadas de dicha entidad, de haber intervenido en la falsificación de los cheques números 0072441, 0072446, 0072460, 0072473, 0072479, 0072481 y 0072483, girados por la mencionada entidad descentralizada del orden departamental, contra el Banco Popular, sucursal de esta ciudad, por diferentes valores, para lo

cual, se afirma, alguno o algunos de los implicados con la colaboración de los otros, cambiaron el nombre del beneficiario a quien habían sido girados originalmente, esto es, al Banco Central Hipotecario, por concepto de retención en la fuente de fracciones premiadas, y lo reemplazaron por el de un testaferro, en un caso, y por el de una de las sindicadas (María Alba Yáñez) en los demás, con el propósito de apropiarse indebidamente de la suma de dinero indicada en cada uno de los títulos valores.

Actuación procesal

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Sincelejo dispusiera la apertura de la investigación, el 5 de septiembre de 1980.

Dirimido un conflicto de competencias se atribuyó el conocimiento del proceso al Juzgado Unico Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, que dispuso el cierre de la investigación el 23 de octubre de 1981. Este despacho judicial calificó el mérito del sumario el 12 de diciembre de ese año con un sobreseimiento temporal para los sindicados Ricardo Gómez Casseres Madrid, Ruth Muñoz de Arenas, María Auxiliadora Yáñez y Yadira Pineda Melgarejo, por los delitos de falsedad y peculado que se les había imputado.

El Tribunal Superior de Sincelejo conoció por vía de apelación del auto de sobreseimiento temporal y en providencia del 7 de mayo de 1982, lo revocó en su integridad y en su lugar dispuso llamar a responder en juicio criminal a María Auxiliadora Alba Yáñez "por los delitos de que nos habla el Libro 2°, Título 3°, Capítulo 1° y Título 6°, Capítulo 3° del Código Penal"; así mismo dispuso la detención preventiva de María Auxiliadora Alba Yáñez. De otra parte sobreseyó en forma definitiva a los sindicados Ricardo Gómez Casseres Madrid, Ruth Muñoz de Arenas y Yadira Pineda Melgarejo.

Tramitada la causa se verificó la diligencia de audiencia pública el 22 de agosto de 1983, y el 15 de septiembre del mismo año el Juzgado del conocimiento dictó la sentencia en virtud de la cual condenó a la procesada a la pena de tres años de prisión por el delito de falsedad en documento público. Aun cuando en la motivación se excluye el delito contra la administración pública que había dado lugar al enjuiciamiento, en la parte resolutiva no se hizo ninguna alusión a este ilícito.

Apelada la sentencia condenatoria fue revocada por el Tribunal Superior de Sincelejo en decisión del 29 de marzo de 1984. En su lugar se dispuso absolver a María Auxiliadora Alba Yáñez por el delito de falsedad de documentos que dio lugar a la formulación de cargos.

La demanda de casación

El señor Fiscal Unico del Tribunal Superior de Sincelejo interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, con el propósito de que, casado el fallo, se profiera la sentencia condenatoria que corresponde, de conformidad con el material probatorio que obra en la actuación.

Fundamenta su acusación en la segunda parte de la causal primera de casación, pues estima que en la sentencia de segunda instancia se incurrió en protuberante error de hecho que condujo a la falta de aplicación de las normas sustanciales que tipifican los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos públicos.

Demuestra el manifiesto error de hecho en que incurrió el fallador de segunda instancia, por cuanto omitió apreciar pruebas de carácter documental y diversos testimonios de los cuales se deducía en forma clara la responsabilidad de la enjuiciada en los hechos de que da cuenta el proceso. Así mismo relaciona y comenta los referidos documentos y testimonios omitidos por el juzgador y en forma razonada señala que, de haber sido apreciados y estimados en su justo alcance probatorio, habrían conducido al pronunciamiento de una sentencia de condena por los dos ilícitos que dieron lugar al llamamiento a juicio. Finalmente hace una crítica de las argumentaciones que aparecen en la sentencia acusada, en relación con la estructuración de los delitos que se atribuyeron a la procesada, pues encuentra que dichos ilícitos se cometieron, aparece demostrada la responsabilidad y, por lo tanto, deben dar lugar a la sanción correspondiente.

Consideraciones de la Sala

La Sala entraría a considerar las muy juiciosas razones aducidas por el señor Fiscal del Tribunal de Sincelejo; no obstante, encuentra una nulidad de carácter constitucional que debe ser declarada, oficiosamente.

El auto de proceder es pieza fundamental dentro del esquema procesal previsto en el ordenamiento vigente, como que representa el pliego de cargos que formula el Estado al procesado para que de ellos se defienda en el plenario. La trascendencia del citado auto que es a la vez el trasunto de la realidad probatoria que arroja la etapa investigativa y la base necesaria de la sentencia, ha llevado al legislador a rodearlo de exigencias sustanciales y formales cuyo desconocimiento puede entrañar señalado agravio a las formas propias del juzgamiento con menoscabo del derecho de defensa.

Una de las mayores deficiencias que puede ostentar un auto de proceder radica en la inapropiada formulación de los cargos, porque no se concretan debidamente o porque se presentan en forma ambigua o contradictoria de modo que no exista certidumbre sobre la acusación, con lo que se impide o dificulta en grado sumo la defensa del enjuiciado, a más de que la sentencia carece de un presupuesto básico, ya que ella debe dictarse en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder (artículo 580 del C. de P. P.).

Es requisito de fondo para proferir auto de llamamiento a juicio "que en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito", el cual a su vez da origen a una exigencia de carácter formal indispensable dentro de la redacción de esta pieza procesal, pues en la motivación de esta providencia debe hacerse "el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito". Por su parte el artículo 310 del C. de P. P., enseña que los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito, de donde se infiere que para que pueda dictarse auto de proceder debe aparecer la prueba completa de que se realizó una conducta tipificada en el ordenamiento penal.

Ahora bien, como es perfectamente posible que dentro de un mismo proceso deban formularse distintos cargos, bien por la realización de diversas conductas punibles conexas entre sí, o por la presencia de diversos procesados contra quienes aparezca suficiente prueba de imputación, es necesario que los cargos aparezcan debidamente especificados, pues cada hecho punible tiene independencia y sobre cada uno de ellos debe tomarse alguna providencia en la sentencia. En orden a garantizar la debida precisión y separación de los cargos demanda el artículo 483, que en la motivación debe hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, esto es, que es imprescindible que el cargo tenga la necesaria concreción para garantizar el derecho de defensa.

Un auto de proceder que adolezca del grave vicio de la indefinición y de la ambigüedad en la formulación de los cargos que imposibilite la defensa e impida la aplicación del derecho en la sentencia, viola las formas propias del juzgamiento y, por lo tanto, será nulo. En este mismo sentido se pronunció esta Sala en providencia del 28 de agosto de 1981, cuando dijo:

"...Debe decirse que el juicio es nulo por no estar el auto de enjuiciamiento ajustado a la preceptiva perentoria del último inciso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Esta Corporación viene afirmando de tiempo atrás que el referido auto 'no es acto procesal de forma libre, que el juez puede realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento', desde luego que debe ceñirse en lo esencial a la citada disposición. De ahí que paralelamente haya admitido que la imperfección sustancial de esa providencia v. gr., la imprecisa o ambigua definición del delito imputado o la deficiente formulación del cargo, de modo que perturbe o imposibilite el normal ejercicio de la defensa, o haga imposible o difícil la ampliación del derecho en la sentencia, genera la nulidad supralegal consagrada en el artículo 26 de la Constitución, en la medida en que ésta demanda, para legalidad del juzgamiento, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

En el caso que ahora se examina es necesario reconocer que ningún cargo en concreto se formuló en el auto de enjuiciamiento, pues en el auto correspondiente el Tribunal de Sincelejo se limitó a decir:

"La diligencia de inspección practicada por el perito en las máquinas en que se dice fueron elaborados los cheques que dieron origen al presente negocio, están demostrando claramente que los autores del ilícito que se investiga, no lo fueron ninguna de las personas que aparecen sindicadas en el proceso distintas a María Auxiliadora Alba Yáñez. Ya se vio por medio de la inspección practicada a las máquinas que tiene el privilegio de borrar lo escrito en ellas sin dejar huella alguna de esta circunstancia, están en perfecto estado en cuanto se refiere a las usadas por la gerencia de la lotería. No sucede lo mismo con la máquina que manejaba María Auxiliadora Alba Yáñez, pues ésta, según el dictamen pericial tiene dañado el mecanismo que tal cosa hace. Si las adulteraciones hechas a los cheques se hubieran estado haciendo con la aquiescencia o con el descuido o falta de precaución de los otros empleados de la lotería que tenían a su disposición las máquinas de que se habla, no hubiera sido necesario que la autora del delito, hasta ahora, hubiera tenido que borrar en la forma corriente en que se hace el cheque en que quedó huella de la adulteración, porque le hubiera sido fácil tomar una cualquiera de las otras máquinas

que tienen el mecanismo especial para borrar y en ellas hubiera producido la adulteración sin que quedara huella alguna. Lo anteriormente expresado nos está demostrando que la persona que producía la adulteración en los cheques, lo era única y exclusivamente María Auxiliadora Alba Yáñez y que para ello no contó nunca con la colaboración de los otros empleados a quienes se les vinculó en el presente negocio.

"Encontrándose como se encuentra plenamente demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad que en él tiene María Auxiliadora Alba Yáñez, la Sala procederá en la parte resolutiva a revocar la providencia cuya alzada se desata y en su lugar llamará a juicio a la sindicada María Auxiliadora Alba Yánez y se sobreseerá definitivamente a los otros sindicados".

Ninguna otra consideración se hace en la motivación del auto de proceder. En la parte resolutiva se revoca la providencia apelada y se agrega: "llámase a juicio a la sindicada María Auxiliadora Alba Yáñez, de generalidades conocidas en autos por los delitos de que nos habla el Libro 2°, Título 3°, Capítulo 1° y Título 6°, Capítulo 3° del Código Penal".

De la lectura de este auto, llégase a la conclusión de que no aparece en forma clara la formulación de cargos, ya que no se especificó ni la naturaleza del delito de falsedad, ni el número de las falsedades cometidas, pues el sumario da cuenta de que fueron varios los títulos valores adulterados; tampoco se dijo cual fue la modalidad de peculado que dio origen al llamamiento a juicio, ni se indicaron las pruebas que daban fundamento a todos esos cargos. Así mismo en el auto de proceder no se hizo ningún análisis sobre la prueba de imputación, pues en dicha providencia solo se hace referencia tangencial a un indicio, todo ello con desconocimiento de lo preceptuado por los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal.

Ante la ausencia de cargos por la total indefinición de ellos es obvio que no puede pronunciarse sentencia de ninguna especie, a más de que resultaba imposible el ejercicio del derecho de defensa, de modo que el único camino por seguir en el actual momento procesal es declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder dictado por el Tribunal, a fin de que se responda la actuación correspondiente.

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

RESUELVE:

1° CASAR la sentencia impugnada.

2° En consecuencia, declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del siete de mayo de mil novecientos ochenta y dos —inclusive—, en virtud del cual el Tribunal Superior de Sincelejo calificó el mérito del sumario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

28 de marzo de 1985. No suscriben la anterior sentencia los honorables Magistrados, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez y Pedro Elías Serrano Abadía: el primero porque se halla enfermo y los otros, por gozar de permiso.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario de la Sala

FALSEDAD Y PECULADO

En la falsedad en documento público no se precisa de su uso para que pueda hablarse de perfeccionamiento del delito. Si además de falsificar los documentos, el procesado (Juez), se apropia de dinero, sobre el cual tenía disponibilidad jurídica, incurre en el delito de peculado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado Acta número 35

Bogotá, D.E., dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia de 9 de marzo de 1984, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Q.) condenó al doctor César Augusto Giraldo Ramírez a la pena principal de cuatro (4) años de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos y peculado. Le impuso multa de $25.000.00, la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados con las referidas infracciones, y como penas accesorias la interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad y le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Su defensor, al recurrir el fallo de primera instancia, expresó su desacuerdo con el Tribunal en cuanto halló responsable al acusado del delito de falsedad ideológica en documento público de que trata el artículo 219 del Código Penal, cuando ha debido responsabilizarlo de conformidad con lo previsto en el artículo 222 *ibidem* por existir duda sobre la persona que falsificó los documentos oficiales.

Finalmente advierte que la pena impuesta fue excesiva si se atiende a que hubo restitución total de los dineros apropiados y, objeta, así mismo, la pena de multa y la suspensión de la patria potestad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La presente investigación se originó en diligencias adelantadas por la Procuraduría Regional de Armenia, de las cuales surgió la posibilidad de que el doctor César Augusto Giraldo Ramírez se hubiese apropiado de dineros vinculados a varios

procesos que cursaban en el Juzgado Promiscuo Municipal de Filandia (Quindío), a su cargo, y de títulos pertenecientes a otros sumarios los cuales debían ser remitidos a la Caja Nacional de Previsión por tratarse de cauciones y fianzas no reclamadas.

Forma parte, también, de la imputación el haber elaborado varios oficios con destino a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Filandia en los cuales daba cuenta de decisiones que se hacían aparecer como tomadas en los respectivos procesos, las cuales no existieron jamás, como pudo establecerse mediante inspecciones judiciales practicadas en los expedientes. Esta conducta la apreció el Tribunal de Instancia como falsedad ideológica de acuerdo con lo previsto en el artículo 219 del Código Penal.

El expediente ofrece los siguientes elementos de juicio:

1. En el proceso ejecutivo de Carlos Toro contra José Dionisio Rodríguez, éste declaró haberle entregado al funcionario la suma de $15.820.00 el 11 de septiembre de 1981, valor del crédito, a fin de que pusiera fin a la ejecución.

Presentó fotocopia autenticada del respectivo recibo suscrito por el acusado y advirtió que el original reposaba en las diligencias disciplinarias que adelantaba la Procuraduría (fls. 7, 64 y 65 del cuaderno número 1).

La doctora Gloria Matilde Martínez, apoderada de la parte demandante, asegura que en repetidas oportunidades requirió al juez para obtener la entrega del dinero depositado, siempre con resultados negativos, hasta que éste le manifestó, en cierta ocasión, que había tenido que disponer de él por cuanto la Recaudación de Impuestos no le canceló en su momento los valores correspondientes a sus vacaciones pero que le prometió devolverlo el día 24 de mayo de 1982, lo cual no cumplió. No obstante, ese día el gerente de Concasa, hermano del funcionario le reembolsó la totalidad mediante cheque personal (fls. 5 y 55 a 57 vto. *ibidem*).

2. En el juicio divisorio de Evert y Doris Ortiz contra Cecilia, Myriam y Félix Antonio Ortiz se solicitó al juez Giraldo Ramírez por parte de Myriam Ortiz, curadora de este último, la entrega de $123.000.00 que habían sido depositados en la Caja Agraria a nombre del menor. Después de reiteradas evasivas y de haber comprobado que los dineros los había retirado otra persona con orden del juzgado, vino a cubrir la suma un hermano del acusado quien comisionó para su entrega al doctor Mario Sánchez. Estos hechos los narra Myriam Ortiz y los corrobora el doctor Darío Galvis Valenzuela, quien la representó a ella en el trámite de la curatela (fls. 8 y 190 y 191 *ibidem*).

La inspección judicial practicada al proceso permitió concluir que en él no fueron dictados los autos que se transcriben en los oficios números 186 y 189 de 22 y 27 de agosto de 1981, enviados al director de la Caja Agraria en los cuales se ordenaba la entrega de ese dinero a Gildardo Aguirre López, de quien se dice actuó como albacea y que tiene autorización para recibir, circunstancias que también quedaron desvirtuadas con la inspección. También se verificó que el proceso no presentaba alteración o irregularidad en su foliatura como para presumir que algunos documentos hubiesen sido retirados de él. El dinero lo recibió efectivamente el supuesto albacea Aguirre López (fls. 11, 15, 16, 71, 72, 75 y 76 *ibidem*).

3. Habiendo sido éste llamado a declarar manifestó que en varias oportunidades laboró interinamente en el juzgado a cargo del juez Giraldo Ramírez, razón por la cual tanto éste como el secretario le tenían confianza y que frecuentemente le solicitaban favores. Informó que en ocasiones el doctor Giraldo Ramírez le entregó sobres cerrados para llevarlos a la Caja Agraria y recibir el dinero correspondiente a los títulos judiciales así remitidos. Los dineros le fueron entregados y él los llevó al juez quien lo gratificó con trescientos pesos a título de propina (fls. 93 a 95 vto. *ibidem*). Estos dineros resultaron ser los que habían sido consignados a nombre del menor Félix Antonio Ortiz López.

Agrega el declarante que en otra oportunidad le entregó el juez más o menos veinte títulos para ser cobrados en la Caja Agraria y que una vez hechos efectivos le entregó el dinero. A folio 110 y siguientes del cuaderno número 1 aparecen veintiún títulos judiciales por valor total de $4.717.00 pertenecientes a distintos procesos penales y civiles relacionados con cauciones y fianzas, los cuales le fueron endosados con firma del juez Giraldo Ramírez a Gildardo Aguirre, quien los cobró. A ellos se refiere el oficio número 294 de diciembre 29 de 1981, firmado por el juez, en el cual se expresa que se busca retirarlos para entregarlos a la Caja Nacional de Previsión (fls. 86 *ibidem*). Sin embargo, la pagadora de la entidad certificó que hasta el día 9 de junio de 1982 nada había ingresado a la Caja proveniente del juzgado (fls. 29 y 91 vto. *ibidem).*

4. En cuanto a los títulos números 343939 por valor de $1.000.00; 997794 por $1.000.00; 974030 por $500.00 y 117043 por $650.00, el valor de los mismos, junto con el de la totalidad de los 21 títulos a que se aludió en el párrafo anterior, fue reintegrado en el decurso de la investigación, por el defensor del doctor Giraldo Ramírez (fls. 32 y 33 cuaderno 2).

El título 343923 por $5.000.00 correspondiente al proceso ejecutivo de Rodrigo Ramírez contra Roberto Ceballos Patiño, fue cobrado en la Caja por Gildardo Aguirre López, pero su valor fue recibido oportunamente por la doctora Gloria Tabares a quien se le entregó en el juzgado como honorarios que le habían sido fijados por haber actuado como curadora. Así consta en el proceso y lo ratificó también la profesional (fls 194 vto. 195 del cuaderno número 1 y 245 y vto. *ibidem*).

5. Dentro del proceso ejecutivo de Luis Gonzaga García contra Gerardo López, fueron cobrados varios títulos por parte del secretario del juzgado, señor Gustavo García Henao, pero con autorización escrita de su padre, quien actuó como apoderado en ese juicio. Por tanto, éstos quedan excluidos de la incriminación contra el juez (fls. 163 a 168 y 235 del cuaderno número 1).

6. Los valores apropiados por el funcionario ascienden a suma aproximada a los ciento sesenta mil pesos. En todo caso inferior a quinientos mil pesos, aspecto importante para efectos de la penalidad, y fueron reintegrados en su totalidad por intermedio de un hermano suyo y del defensor (fl. 259).

Consideraciones de la Corte

Como el procesado plantea nulidad del proceso por falta de adecuada defensa, la Sala deberá referirse previamente a este punto concreto, pues de resultar válidos los

argumentos que respaldan la pretensión no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Dice el procesado que en "... las distintas inspecciones judiciales que se adelantaron no estuvo presente ni el abogado de ese entonces, no se me hizo comparecer tampoco para poder detectar o dejar constancia sobre las posibles fallas que reclamaba, habiendo quedado de esta manera desprotegido en la etapa sumarial del sagrado derecho de defensa. Al analizar el proceso se puede observar que como sindicado no estuve asistido por la defensa técnica que la ley otorga. Así se puede constatar en la no intervención, para nada, del apoderado designado. No realizó gestión alguna encaminada a cumplir el cometido impuesto por la ley: solicitar pruebas, interponer recursos, elevar peticiones, alegar acorde en derecho, etc. Ese defensor inicial no ejerció el sagrado derecho de defensa plenamente tutelado en la Carta Magna en su artículo 26, constituyéndose en nulidad supralegal" (fl. 19 del cuaderno de la Corte).

No se advierte violación del derecho de defensa que invalide la actuación en la forma solicitada por el procesado.

En efecto. La investigación se inició con fundamento en las copias del proceso disciplinario adelantado en la Procuraduría Regional de Armenia y luego de practicadas varias diligencias encaminadas a verificar la existencia de conductas contrarias a la ley penal, se ordenó la vinculación del doctor Giraldo Ramírez. Recibida su declaración indagatoria y después ampliada por petición suya fueron muy pocas las diligencias realizadas dentro de la investigación, ninguna de ellas con intervención del sindicado o su apoderado por cuanto la ley no hace obligatoria su presencia.

En las primeras inspecciones judiciales llevadas a cabo por el instructor, no se imponía legalmente la intervención del acusado ni de su apoderado puesto que fueron realizadas con anterioridad a la vinculación procesal de aquél. Y las posteriores no requerían su presencia pues ellas se encaminaron a comprobar las manifestaciones del acusado en su indagatoria. Cerrada la investigación su apoderado presentó dentro del término legal el alegato de conclusión (fl. 279 a 291 del cuaderno original), en el cual hizo un juicioso estudio de la prueba y expuso argumentos jurídicos de interés para concluir que su defendido debía ser sobreseído por el delito de falsedad en documentos públicos y llamado a juicio solamente por el de peculado. En cuanto a este último delito, pesaba la presencia de pruebas que no era posible razonablemente desconocer. Lógico aparece su planteamiento en el sentido de aceptar la responsabilidad de su defendido por este delito, pero solicitando para él, como lo hizo, la aplicación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional con fundamento en el reintegro de los valores apropiados y con la consecuencia de excarcelación del doctor Giraldo Ramírez.

Si los argumentos expuestos por el apoderado no fueron compartidos por el Tribunal Superior de Armenia, de ello no puede deducirse, y por ese solo hecho, una inadecuada defensa. De forma que no aparece esa absoluta desprotección del procesado que es a la que ha de dársele la entidad de una nulidad de carácter constitucional, sin que se pueda olvidar, como lo ha dicho en otras ocasiones la Sala, que la nulidad por el concepto que se analiza opera o se presenta fundamentalmente en el

período de la causa que es cuando se enfrenta la formulación concreta del cargo por el cual ha de defenderse el procesado.

En esa etapa del juicio el defensor solicitó pruebas, intervino adecuadamente en la diligencia de audiencia pública y presentó su alegato de conclusión, todo lo cual pone de manifiesto la ausencia de nulidad pretendida por el ex-funcionario. Además, él mismo ha formulado reiteradas peticiones y ha acompañado alegatos en ambas instancias lo cual complementa su defensa en atención a su calidad de abogado titulado.

La circunstancia de que su apoderado no hubiese interpuesto recurso de apelación en contra del auto calificatorio, tampoco constituye nulidad del proceso por violación del derecho de defensa. En una ocasión dijo la Sala en caso similar:

"El *ius puniendi* como potestad del Estado supone en éste el poder de adelantar por intermedio del órgano competente todas las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho presuntamente delictuoso, en orden a establecer si en verdad existió, si entraña ilicitud sancionable penalmente, quién lo cometió y en qué circunstancias, todo con miras a imponer al responsable la condigna pena por su conducta reprochable.

"Por su parte el sindicado tiene derecho a explicar su comportamiento y a que le sea valorado de acuerdo con la realidad procesal y dentro de los estrictos límites de lo justo.

"Su defensa debe tener entonces, fundamentalmente ese objetivo, pudiendo aprovechar en su favor las deficiencias de la investigación y guardar silencio si lo prefiere o manifestar que ignora los hechos o que no le constan, pero no desorientar maliciosamente la averiguación o tergiversar sus resultados.

"Dentro de este planteamiento de lo que debe ser el derecho de defensa correctamente ejercido, cabe perfectamente la hipótesis de que un apoderado o defensor ante la realidad procesal adversa a su representado, prescinda de recurrir de decisiones proferidas en su contra, o llegue a solicitar, inclusive, su condenación, pero en las circunstancias que más lo beneficien sin que por eso pueda hablarse de falta de asistencia actuante y técnica, ni, por lo mismo, de nulidad por menoscabo del derecho de defensa.

"Estas consideraciones encuentran respaldo en la naturaleza de la profesión de la abogacía, que es de *medio* y no de *resultado*, y en la forma como el estatuto del abogado concibe el ejercicio profesional de éste, que no es otra que la de una colaboración con la justicia y un compromiso con la verdad.

" .....

"No hay carencia de defensa adecuada cuando el defensor no solicita la absolución por cuanto la realidad probatoria no lo permite o porque su honrada convicción moral lo lleva a la conclusión de la responsabilidad de su defendido. Se cumplen los fines de la asistencia legal, en ese supuesto, si se procura la decisión más benéfica con honestidad profesional y lealtad hacia el cliente y la justicia" (Auto de 12 de abril de 1984).

Pasando a otro aspecto pero relacionado también con una presunta nulidad, observa la Sala que en la etapa probatoria del juicio, el Tribunal comisionó al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal para la práctica de varias diligencias, entre otras, ampliación de la indagatoria del acusado, la que se llevó a cabo en la ciudad de Armenia, sede del Tribunal Superior, razón por la cual ha debido ser practicada por el magistrado sustanciador conforme lo ha sostenido reiteradamente esta Sala con fundamento en el claro texto de la norma que lo exige (art. 49, inciso 4° del C. de P. P. Ley 22 de 1977, art. 9°).

No obstante ello, la invalidación que pudiera recaer sobre esa pieza procesal no alteraría en lo sustancial las conclusiones de la investigación, pues en esa ampliación el procesado no hizo cosa diferente de reiterar, en lo esencial, lo expuesto por él mismo en la indagatoria inicialmente rendida y en su posterior ampliación las que fueron practicadas con el lleno de los requisitos legales. No tuvo, por tanto, esa diligencia valor determinante en la sentencia que se revisa, ni la forma como se procedió implica detrimento con relevancia jurídica del derecho de defensa.

En el escrito que remitió a la Corte el procesado con ocasión del trámite de la segunda instancia expuso, en los siguientes términos, otro motivo de posible nulidad del proceso:

"Quiero manifestarle, respetable magistrado, que *desde el momento mismo de mi detención* padecía graves indicios de intoxicación aguda provocados por el exceso en las bebidas alcohólicas, lo mismo que un tratamiento siquiátrico a que fui sometido; según constancias dejadas dentro de la indagatoria han debido verificarse u ordenarse la práctica de los exámenes de rigor, procedimiento éste indicado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. De mi parte este trámite no fue solicitado debido a la negligencia de mi apoderado de ese entonces, quien como se puede comprobar no solicitó que se practicara prueba alguna. Quedé desamparado totalmente y al arbitrio de la buena fe que el señor magistrado no interpretara cabalmente. Ese juzgamiento desde un comienzo me colocó en desigualdad de condiciones pues no me encontraba en el pleno uso de mis facultades mentales para coordinar las ideas dentro de cada una de las diferentes diligencias practicadas.

".....

"Como consecuencia de lo anterior, considero honorable magistrado, que por tratarse de un trastorno mental transitorio de conformidad a lo indicado en el artículo 33 del Código Penal, las medidas aplicables serían las señaladas por el título V, Capítulo único, referente a medidas de seguridad".

Termina solicitando su absolución o, en su defecto, la adecuación de la pena en forma tal que permita la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la condena.

En este punto conviene advertir que efectivamente el procesado hizo en su indagatoria una afirmación a ese respecto, al responder la pregunta que se le formuló acerca de sus antecedentes personales y familiares. Dijo entonces: "... en mi familia no ha habido locos, ni tarados, alcohólicos sí ha habido; sí he sufrido enfermedades mentales; en una ocasión estuve bajo tratamiento siquiátrico con el doctor Jaime

Rodríguez aquí en Armenia, *en el año 70 aproximadamente fue eso*, estuve en control con él, pero la fecha exacta no la recuerdo, enfermedades contagiosas no he padecido" (fl. 197 del cuaderno número 1). Las subrayas no pertenecen al texto.

Posteriormente solicitó ampliación de su indagatoria, prueba que fue decretada y practicada por el magistrado sustanciador, y en ella expresó ampliamente cuánto deseó comunicar a la justicia y solicitó la práctica de nuevas pruebas, pero en nada se refirió a sus condiciones síquicas (fls. 227 y 228 a 233 vto. del cuaderno número 1).

Una vez cerrada la investigación presentó el procesado doctor Giraldo Ramírez su alegato de conclusión en el que analizó con detenimiento su conducta y dio las explicaciones que estimó pertinentes para demandar en su favor un sobreseimiento definitivo o subsidiariamente de carácter temporal y, en todo caso, su libertad provisional. En este amplio escrito no aludió en parte alguna a sus condiciones síquicas (fls. 292 a 297 *ibidem*).

El apoderado, al alegar de conclusión, en esta oportunidad procesal, reseñó y comentó la prueba. Al referirse a la indagatoria, dijo: "Empezando su exposición sin juramento, el doctor Giraldo dijo que había sufrido enfermedades mentales y que en una ocasión estuvo bajo tratamiento siquiátrico con el doctor Jail (sic) Rodríguez, en esta ciudad de Armenia, en el año de 1970, aproximadamente" (fl. 286 del cuaderno número 1). No obstante ello, nada solicitó al respecto, ni vuelve a comentarlo.

Abierto el juicio a pruebas, el nuevo defensor del doctor Giraldo Ramírez solicitó la práctica de varias diligencias, ninguna de ellas relacionadas con aspectos síquicos del procesado (fls. 4 y 5 del cuaderno número 2). Este mismo, a su vez, solicitó que le escuchase en ampliación de indagatoria como en efecto sucedió. A esa diligencia se hizo alusión en otro aparte de esta providencia, puesto que fue practicada por funcionario comisionado y no, como debió haberlo sido, por el magistrado sustanciador.

En esta ocasión tampoco se refirió en lo más mínimo el sindicado a situaciones suyas de anormalidad síquica (fls. 25 y 26 del cuaderno número 2).

En la diligencia de audiencia pública, al ser interrogado acerca de si él o alguno de sus familiares habían padecido enfermedades mentales, respondió:

"Dentro de la familia no se han presentado casos de esa naturaleza y de mi parte estuve sometido a un tratamiento, como debe constar en la primera indagatoria, fue tratamiento psiquiátrico, *esto hace unos trece a catorce años,* aproximadamente" (fl. 51 del cuaderno número 2. Subrayas fuera del texto).

El acta no recoge ninguna otra alusión a esa afirmación del procesado, no obstante estar presentes los tres magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal, el agente del Ministerio Público y el defensor (fls. 51 a 55 *ibidem*). Tampoco se refirieron las partes a este aspecto en los resúmenes escritos de sus intervenciones (fls. 56 a 73 *ibidem*).

Finalmente, en el escrito del defensor por medio del cual sustentó el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia, no se encuentra tampoco mención del punto que se ha venido analizando (fls. 115 a 117 *ibidem*).

La anterior relación de antecedentes procesales referentes a la presunta situación de anormalidad síquica en que pudo haberse encontrado el procesado, demuestra con claridad que ninguno de los sujetos procesales que han intervenido en esta investigación han prestado la más mínima atención a la escueta y solitaria afirmación de aquél. Es más, es que ni siquiera él mismo parece creer en ella, pues solamente se recuerda de ponerla de presente cuando expresamente se le interroga a ese respecto.

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal le impone al funcionario de Policía Judicial o al instructor la obligación de ordenar el examen del sindicado presuntamente anómalo síquico, pero solamente cuando observen en él indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias generadoras de inimputabilidad.

En este caso es evidente que ni el instructor comisionado, ni el magistrado sustanciador ni los diferentes profesionales que apoderaron al doctor Giraldo Ramírez observaron indicio alguno demostrativo de circunstancias de esa naturaleza. Tampoco surgen de las actuaciones procesales de éste, en todas las cuales intervino como persona completamente normal en el plano síquico.

En esas condiciones no se advertía necesidad alguna de someter a examen siquiátrico al doctor Giraldo Ramírez, ni se incurrió, por tanto, en causal de nulidad por no haberlo hecho.

Aparte de lo anterior, conviene recordar que el motivo de inimputabilidad para que obligue a las consecuencias procesales y punitivas que la ley establece en esos casos, debe estar presente al momento de comisión del hecho y haber privado al agente de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (art. 31 del C. P.).

No es este el caso, pues el sindicado, con honestidad mental que hay que reconocer, ha situado esa presunta circunstancia perturbadora de su normalidad síquica en momentos muy distintos de aquél en que ocurrieron los hechos. Así, en su indagatoria y en la diligencia de audiencia pública ubicó su tratamiento siquiátrico aproximadamente en el año de 1970 y en ninguna de esas ocasiones dijo ni dio a entender siquiera que las consecuencias de la posible enfermedad hubieran perdurado en el tiempo (fls. 197 del cuaderno número 1 y 51 del cuaderno número 2).

En el memorial enviado a la Corte con ocasión de la instancia que se surte, ubica, en la época en que fue detenido el trastorno mental que dice haber sufrido (fl. 22 del cuaderno de la Corte). El fue detenido el 19 de abril de 1983 (fl. 209 vto. del cuaderno número 1), y los hechos se sucedieron en el año de 1981.

No basta, pues, la simple afirmación de haber padecido una anomalía síquica, sino que es necesario que ella aparezca ostensiblemente vinculada a la realización del hecho. A este respecto dijo la Corte en casación de 19 de octubre de 1982:

"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 pueda predicarse sin lugar a dudas que enervó su capacidad de comprender la ilicitud del acto ejecutado y de determinarse de acuerdo con esa comprensión".

Al no encontrar causal de invalidación alguna del proceso, entra la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Según se dejó consignado en el acápite destinado a los hechos y a la actuación procesal, el doctor César Augusto Giraldo Ramírez dispuso en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Filandia (Q.), de dineros que habían sido entregados por las partes dentro de varios juicios civiles, como también de títulos judiciales, todos los cuales se hallaban bajo su disponibilidad jurídica, en razón del cargo.

El mecanismo o procedimiento utilizado para llevar a cabo estas apropiaciones fue el siguiente: Se simulaba el proferimiento de autos en esos procesos, por medio de los cuales se ordenaba la entrega a Gildardo Aguirre López de los dineros depositados por ser él, según en ellos se decía, apoderado, curador, albacea y, en todo caso, por tener autorización para recibir según se afirmaba en esos supuestos autos. Luego se dirigía un oficio a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el cual se transcribía ese imaginario auto y Gildardo Aguirre recibía los dineros que, a su vez, y como lo manifestó en declaración bajo juramento, entregaba al juez doctor César Augusto Giraldo Ramírez quien en algunas ocasiones lo gratificó con la entrega de pequeñas sumas.

Esos oficios iban suscritos por el doctor Giraldo Ramírez en su calidad de juez y por el secretario y exhibían los sellos del juzgado. Los títulos de los depósitos judiciales fueron endosados por el juez a Aguirre López y tanto las firmas de los autos como las de estas autorizaciones de pago y los sellos que las amparaban fueron reconocidas por el juez como suyas y los sellos como los del juzgado del cual fue titular.

No está por demás recordar que estos dineros no llegaron a sus legítimos destinatarios en la forma en que debieron haberlo sido, sino únicamente después de reiteradas gestiones, algunos de ellos, y los demás como consecuencia de la iniciación de la investigación por el mecanismo del reintegro por intermedio de un hermano del juez sindicado.

Se excluyen de este comentario las sumas recibidas por el secretario del juzgado, Gustavo García Henao, vinculadas a un proceso en el que su padre era apoderado y en el cual se le dio autorización a aquél para recibir, situación nada regular, pero que no forma parte de la imputación hecha al juez en el presente caso (fls. 163 a 168 del cuaderno número 1). También queda por fuera el caso del título judicial número 343923 por cinco mil pesos ($5.000.00), ya que, aunque cobrado a través del mismo mecanismo de autorización a Gildardo Aguirre López, el dinero llegó a manos de su legítima destinataria, como ella misma lo reconoció y se estableció en diligencia de inspección judicial (fls. 194 vto. y 195 y 245 y vto. del cuaderno número 1).

Los pretendidos autos que ordenaban la entrega de esos dineros no fueron encontrados en los correspondientes expedientes, como quedó consignado en las actas de inspección judicial practicadas con ese objeto y en constancia suscrita por el abogado visitador en el informativo disciplinario (fls. 11, 66 vto. a 68, 96 a 99 vto., 154, 155, y 177 a 182 del cuaderno número 1). Solamente en el proceso ejecutivo de Carlos Toro contra José Dionisio Rodríguez se encontró un proveído en ese sentido (fl. 67 vto. del cuaderno número 1), pero ese fue el caso en que el dinero lo recibió el

propio juez de manos del ejecutante y lo empleó en su beneficio, pretextando que la Recaudación de Impuestos no le había pagado aún el dinero correspondiente a sus vacaciones (fls. 7 y 57 *ibidem).*

En presencia de las afirmaciones del juez acusado, en el sentido de que los autos sí existían y que él los había observado, se efectuó inspección judicial de los procesos y se encontró que en ellos la foliatura era regular y que no se observaba circunstancia alguna que hiciera pensar en que hubiesen sido mutilados o alterados los expedientes (fls. 251 a 252 vto., 254 y vto. del cuaderno número 1 y 21 y 22 del cuaderno número 2).

Los documentos que se dejaron reseñados en el resumen de la prueba, los títulos originales traídos al proceso y el reconocimiento por parte del procesado de las firmas que aparecen en ellos y en los oficios dirigidos a la entidad bancaria, constituyen comprobación fehaciente de la actuación contraria a la ley predicable del funcionario y, por lo mismo, de su responsabilidad penal.

Las explicaciones suministradas por él carecen de fuerza de convicción. Se la quitan su condición de juez, su experiencia como profesional del derecho y la reiteración de los hechos investigados, todo lo cual hace inatendible su propósito de desplazar toda la responsabilidad hacia el secretario, reservando para él una simple expresión de imprudencia por haber confiado en él y haberle firmado todos esos documentos.

Si se tratara de un caso aislado, o de uno o dos muy distanciados en el tiempo, podría llegarse a aceptar las exculpaciones del doctor Giraldo Ramírez, pero estamos en presencia de todo lo contrario, esto es: pluralidad de títulos endosados y de supuestos oficios transcritos, cercanos en el tiempo, y siempre el mismo beneficiario para cobrar, a saber, Gildardo Aguirre López.

La conducta del juez procesado configura los delitos de falsedad en documento público y peculado cometidos en concurso.

El de falsedad, por cuanto en documentos con capacidad para producir efectos jurídicos, como fueron los oficios que dirigió en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de Filandia (Q.) a la Caja de Crédito Agrario de esa población, afirmó cosas contrarias a la verdad, como la existencia de supuestos autos que nunca fueron dictados en los respectivos procesos.

El de peculado, ya que, a través de ese medio, se apropió de dineros de particulares entregados por causa de procesos que cursaban en el despacho a su cargo y, por lo mismo, recibidos para su custodia en razón de sus funciones de juez.

Sobre ellos tenía disponibilidad jurídica, toda vez que era atribución suya ordenar la devolución o entrega de los mismos a sus legítimos destinatarios, una vez surtidos o cumplidos los fines o efectos para los cuales fueron depositados.

Con su comportamiento vulneró a la vez dos bienes jurídicos tutelados, a saber: la fe pública, entendida como la confianza ciudadana depositada en los medios de prueba y la probidad que el funcionario debe observar en el correcto ejercicio de sus funciones oficiales, esencia del bien jurídico protegido en los delitos contra la

administración pública. Y lo hizo con claro conocimiento de la ilicitud de su modo de proceder, pues no otra explicación atendible se desprende del análisis de la prueba existente en el proceso, hecho en forma sucinta en esta providencia y de manera amplia en el fallo impugnado.

Los hechos atribuidos al procesado enmarcan dentro de los tipos penales de los artículos 133 y 219 y 222 inciso segundo del Código Penal, los cuales describen y sancionan, en su orden, el peculado, la falsedad ideológica y el uso del documento público falso por el mismo que lo falsificó.

Sin embargo, esta última modalidad no será tenida en cuenta en este caso, debido a que en el auto de proceder no se le formuló cargo concreto por este aspecto, habiéndose limitado el Tribunal a ubicar la acusación con exacta referencia, en la parte motiva, al artículo 219 del Código Penal, o sea a la falsedad ideológica del documento, simple y llanamente.

El concurso de ambas disposiciones es perfectamente procedente en presencia de las normas del Código Penal sin que pueda afirmarse válidamente, como lo alega la defensa, que cuando el funcionario que usa el documento público fue el mismo que lo falsificó se está frente a una única violación legal que es la del artículo 222 del Código Penal.

A pesar de que, como ya se advirtió, en este caso no puede aplicarse la concurrencia de ambas disposiciones pero por razones bien diversas de las del aspecto jurídico de fondo, conviene recordar lo que dijo sobre el punto la Corte en sentencia de 23 de febrero de 1984:

"Es verdad que la redacción definitiva del inciso segundo del artículo 222 no fue tan clara en este punto como la del inciso final del artículo 246 del anteproyecto de 1974; no obstante la solución jurídica se mantuvo; la referencia que allí se hace al 'inciso anterior' apunta al documento público falso como objeto material de la conducta, no a la pena allí consagrada, pues que ella se refiere a la bien distinta hipótesis del simple uso de documento público falseado por otro; por manera que la pena base a la que ha de agregarse el incremento punitivo señalado en el inciso segundo del artículo 222, no puede ser otra que la prevista para la concreta especie de falsedad documental en que haya incurrido el que ahora usa el documento por él mismo falsificado (arts. 218 a 220). Esta interpretación histórico-sistemática, por lo demás, resulta mucho más coherente en el ámbito de la punibilidad, que la que se desprendería de la mera literalidad del texto examinado, pues si remitimos la agravación punitiva del inciso segundo del artículo 222 a la pena señalada en su inciso primero, tendríase que quien solamente falsifica documento público sería sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión si fuere empleado oficial o de 2 a 8 si actuase como particular, a tiempo que quien además de falsificar el documento público lo usa, resultaría penado con prisión mínima de un año y un día hasta ocho años y un día, y máxima de 18 meses a 12 años, sanción ésta, en promedio, menor de la prevista para el solo delito de falsedad documental lo que resulta ciertamente ilógico" (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

No puede aceptarse que por el hecho de haberse apropiado el doctor Giraldo de los dineros a través del uso del documento falso, este uso subsuma y haga desaparecer el

delito de peculado, como parece desprenderse de las argumentaciones de la defensa (fls. 66 a 73 del cuaderno número 2), pues se trata de dos órbitas jurídicas diferentes: La que protege la administración pública y la que ampara la fe pública.

En la falsedad en documento público no se precisa de su uso para que pueda hablarse de perfeccionamiento del delito, como sí es necesario que ocurra cuando ella recae sobre documento privado. En tratándose de aquél puede afirmarse, una vez falsificado, la existencia del delito aunque no sea usado, con tal que, eso sí, el documento tenga la capacidad de servir de medio de prueba y acuse la potencialidad de ser utilizado.

De allí que su uso por la misma persona que lo falsificó configure agravación del ilícito, como se dejó analizado (art. 222, inciso 2º).

Por tanto, como además de falsificar los documentos el procesado se apropió de dineros entregados en razón de procesos que cursaban en su despacho y sobre los cuales tenía él disponibilidad jurídica, incurrió también en el delito de peculado, en concurso con el de falsedad.

El uso de los documentos falsos, en el evento que se analiza, consistió en hacerlos valer ante la Caja de Crédito Agrario para la entrega de los dineros a Gildardo Aguirre López a quien se hacía aparecer en los supuestos autos que eran transcritos como auxiliar de la justicia o como apoderado o defensor o como persona con autorización para retirarlos. Hasta allí quedó perfeccionado el delito de falsedad agravado por el uso.

Si los dineros hubiesen sido entregados a sus legítimos destinatarios habríase configurado ese único ilícito y no también el de peculado. Pero como el juez acusado se los apropió, se consumó igualmente este último.

Despejado este punto al cual era necesario referirse por haber sido esbozado por la defensa, tiénese que las disposiciones infringidas por el ex-juez doctor Giraldo Ramírez son los artículos 133 inciso primero y 219 del Código Penal. Si no se le atribuye, igualmente, el agravante por el uso del documento falso, ello obedece a que éste no fue considerado en el auto de enjuiciamiento, según se explicó en otro aparte de esta providencia.

Como las infracciones fueron cometidas en concurso y la pena más grave es la correspondiente a la falsedad (3 a 10 años de prisión) se partirá de ella tomando su mínimo, en consideración a la conducta anterior del procesado siempre buena, a la ausencia de antecedentes penales y a la circunstancia de no haber evadido su responsabilidad pues estuvo siempre dispuesto, como hay constancia en el expediente, a explicar su conducta ante la justicia (fl. 230 vto. del cuaderno número 1).

Ese mínimo de tres años se aumentará en doce meses más en virtud del concurso con el delito de peculado, pero como los dineros fueron reintegrados en su totalidad antes de que se hubiese proferido el fallo que ahora se revisa, la pena debe sufrir una disminución que puede ir *hasta* una mitad de esos doce meses correspondientes al delito contra la administración pública (art. 139 inciso segundo del C. P.), ya que para el ilícito contra la fe pública no tiene establecida la ley disminución específica alguna por concepto de reparación del daño, aparte de la circunstancia de atenuación

punitiva, común a todo delito, a que se refiere el numeral 7° del artículo 64 del C. P., que sirve solamente para la individualización de la pena entre el mínimo y el máximo que establece la norma para cada reato.

La disminución se estima adecuada en seis meses para una sanción definitiva de cuarenta y dos meses, como lo propugna también el Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicita, con esa modificación, la confirmación del fallo. La multa será también rebajada de veinticinco mil pesos, que fue la suma señalada en la sentencia, a cinco mil pesos. La Procuraduría solicitó que se fijara solamente en mil pesos.

En el aspecto central de su concepto expresó el representante del Ministerio Público:

"Frente a las contradicciones del procesado, las declaraciones que se dejaron analizadas y las inspecciones judiciales practicadas ameritan con certeza que el juez César Augusto Giraldo se apropió en provecho personal de dineros de terceros que, por razón de sus funciones, le habían sido confiados incurriendo en el delito de peculado sancionado en el artículo 133 del actual Código Penal, vigente para la época de los hechos.

"Estas mismas pruebas demuestran que el funcionario incurrió en el delito de falsedad que sanciona el artículo 219 del Código Penal, por expedir en ejercicio de sus funciones providencias y comunicaciones de contenido inexacto, capaces de producir efectos probatorios".

Las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, quedan reducidas en la misma proporción que la pena privativa de la libertad.

En estos términos se modificará la sentencia recurrida.

Como la sanción impuesta al doctor César Augusto Giraldo Ramírez excede de tres años de prisión, no es acreedor a la suspensión condicional de la ejecución de la condena (art. 68 del C. P.), beneficio que él impetra en el memorial que remitió a la Corte. Esta misma solicitud, y por idéntica razón, fue igualmente negada por el Tribunal en el fallo recurrido.

Como en ampliación de indagatoria el doctor Giraldo Ramírez manifiesta ciertas confidencias que le hizo el detenido Rubén D. Henao de acuerdo con las cuales el Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Filandia señor García y Jesús Antonio Ruiz quien fuera titular del despacho, pudieron haber incurrido en conductas constitutivas de delito (fl. 25 vto. del cuaderno número 2), el Tribunal adoptará las medidas pertinentes en orden a que se averigüen esos hechos, si no lo están siendo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, –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:

1. CONFÍRMASE la sentencia apelada, de origen y fecha indicados en esta providencia con las siguientes modificaciones: a) La pena privativa de la libertad que se impone al doctor César Augusto Giraldo Ramírez como autor responsable de los delitos de falsedad en documento público y peculado, cometidos en concurso material, por los cuales fue llamado a responder en juicio es la de cuarenta y dos (42) meses de prisión en lugar de cuarenta y ocho (48) meses que le fueron señalados en el fallo de instancia. En la misma proporción quedan rebajadas las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad; b) La multa que debe pagar el doctor César Augusto Giraldo Ramírez en favor del Tesoro Nacional es de cinco mil pesos ($5.000.00) en lugar de los veinticinco mil pesos ($25.000.00) a que se refiere la sentencia recurrida. En todo lo demás queda ésta confirmada.

2. Disponer que el Tribunal de Instancia ADOPTE las medidas pertinentes para que se investiguen los hechos revelados por el procesado en su ampliación de indagatoria, tal como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Jaime Serrano Rueda, conjuez; *Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PRIVADO

La ley penal sólo exige al particular ser veraz en ciertos casos y para ciertos efectos. La obligación a la veracidad es indiscutible cuando el derecho de un tercero puede sufrir menoscabo con el documento y cuando el tráfico jurídico se afecta en su credibilidad.

La falsedad ideológica en documento privado, se encuentra tutelado por el artículo 221 del C.P. y puede concurrir con la estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 35 de abril 16/85.

Bogotá, diez y ocho de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia de segundo grado proferida por esa corporación el 5 de marzo de 1984, la que, con modificación de la pena principal, confirmó la dictada por el Juzgado Quinto Superior de Cali el 14 de diciembre de 1983 por medio de la cual condenó a José Serna como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, cometidos contra los intereses de Aracely Chará Chará y Rosa Nidia Vernaza Buitrago. El fallo de primer grado impuso como pena principal 54 meses de prisión y $3.000 de multa; y, el *ad quem* la rebajó a 24 meses de prisión y a $1.000 de multa.

HECHOS

Aracely Chará Chará, en nombre de su hermano Aureliano tenía la posesión pacífica del lote número 12 de la manzana 103, zona D de la urbanización Antonio Nariño de la ciudad de Cali, desde 1979. La urbanización fue organizada por la "Unión de Vivienda Popular", la cual fue intervenida por la Superintendencia Bancaria a través del Instituto de Crédito Territorial.

El 5 de octubre de 1981 llegó al mencionado lote José Serna en su condición de empleado de la sociedad intervenida, con el cargo de verificador y le ordenó a la

ocupante entregara el lote con sus mejoras porque de acuerdo con el reclamo formulado por Carmen Rosa Gutiérrez el predio pertenecía a esta última y, de todas maneras, debía hacer una verificación general de la manzana, pues un lote no se había determinado a pesar de la distribución que ya se había realizado.

El procesado hostilizó a la poseedora hasta que consiguió su propósito; y a títulos de consolación e indemnización le entregó $15.000 que supuestamente le enviaba Carmen Rosa Gutiérrez, persona inexistente.

Luego con la convivencia de Gerardo Antonio Gil Betancourt, hizo confeccionar un documento privado por el cual el segundo vendía la posesión del lote antedicho a Rosa Nidia Vernaza Buitrago por $100.000, pero los autores de los ilícitos hicieron aparecer en el documento, como vendedora, a Rosalía Cardona Villa, concubina de Gil Betancourt. Este coautor de los delitos firmó como testigo aunque se demostró que para las personas perjudicadas fue quien apareció siempre como el vendedor porque de conformidad con un aviso que tenía en su casa, esa era su actividad. Ese documento no solamente se usó para cometer el delito de estafa contra la Vernaza Buitrago y Chará Chará, sino para hacerlo valer ante el Instituto de Crédito Territorial.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal formula el cargo único de nulidad legal prevista en el artículo 210-1 del mismo estatuto, esto es, la incompetencia del juez para dictar el fallo.

Estima el recurrente que el documento concebido por el encausado para perpetrar el delito de estafa respecto de Rosa Nidia Vernaza Buitrago y Aracely Chará Chará, fue elemento integrante de ese delito y en manera alguna el cuerpo del otro delito, el de falsedad en documentos, porque si no se discute su origen privado, resulta incuestionable que aunque su texto y creación sean apócrifos, es auténtico en atención a que proviene de las personas contratantes, pues la vendedora Rosalía Cardona Villa reconoció su firma como tal, y lo mismo hizo la compradora Rosa Nidia Vernaza Buitrago.

En respaldo de su posición pone de presente que el Decreto número 100 de 1980, no consagró como delito la falsedad ideológica en documento privado porque el particular, solamente en casos excepcionales está obligado a decir la verdad. El legislador de 1980 fue expreso al establecer la punición para la falsedad ideológica, en forma exclusiva, para la protección del documento público conforme con lo previsto en el artículo 219 del Código Penal.

No resiste discusión, prosigue, que en relación con el documento privado únicamente previó como delito la falsedad material, pues así lo manda el artículo 221 del Código Penal al expresar simplemente: "El que falsifique documento privado". La falsedad ideológica, recalca, fue aceptada por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime respecto del Código de 1936 según su artículo 231 en concordancia con los artículos 240 y 241 del mismo estatuto; empero, esa consagración expresa en aquel ordenamiento desapareció en el vigente.

Al artículo 221 citado, no se le puede hacer decir lo que no expresa.

El documento a que se refiere el proceso por versar sobre la compraventa de bienes inmuebles, para que tuviera eficacia, debió cumplir con los requisitos de la escritura pública ante notario, de lo cual se sigue que no sirve de prueba de la citada compraventa, puesto que la ausencia de solemnidades legales hacen nulo el contrato y como consecuencia no sirve de medio de prueba válido para acreditar la adquisición del bien inmueble.

Solicita que se case el fallo atacado, decretando la nulidad del proceso desde el auto que cerró la investigación para que el expediente sea enviado, por competencia, a los Juzgados Penales del Circuito de Cali, pues el único delito existente es el de estafa y, por ende, el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad dictó sentencia sin competencia.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de hacer uso de las facultades contempladas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, aunque deja entrever un desacuerdo con el recurrente al recordar la posibilidad del concurso entre los delitos de falsedad en documentos privados y de estafa, conforme con la jurisprudencia de la Corte.

Es necesario dejar en claro que por los delitos investigados y por los que se dictó sentencia, fueron vinculados el recurrente José Serna, Gerardo Antonio Gil Betancourt y Rosalía Cardona Villa. Respecto de Gil Betancourt se declaró extinguida la acción por muerte y su concubina fue sobreseída definitivamente con fundamento en el artículo 40-4 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte

El acusado José Serna, en connivencia con el extinto Gerardo Antonio Gil Betancourt quien tenía en su casa un aviso sobre venta de lotes en la urbanización Antonio Nariño de la ciudad de Cali, hizo elaborar el falso documento que integra el folio 52 del proceso, no solamente para cometer el delito de estafa contra los intereses económicos de Aracely Chará Chará sino para repetir esa conducta con el propósito de obtener provecho para sí en detrimento del patrimonio económico de Rosa Nidia Vernaza Buitrago.

Indudablemente, se trata de una falsedad ideológica porque en su totalidad, en oposición con la verdad, el documento fue creado bajo la dirección del sentenciado y de Gil Betancourt para cuyo fin, los dos pusieron como instrumento material a Rosalía Cardona Villa para que firmara como vendedora, aprovechando su pobrísimo estado de cultura y menguado intelecto.

Con base en el falso documento, utilizado por el encausado, ante el Instituto de Crédito Territorial consiguió inicialmente la perjudicada Vernaza Buitrago su afiliación como presunta adjudicataria del lote número 12 y canceló el saldo de $35.000 que aún quedaba a cargo de Aureliano Chará Chará, hechos que introdujeron grave desorden en la incipiente urbanización. De donde cabe afirmar que el delito de falsedad se dio plenamente; y, como hubo una serie de maniobras engañosas tales como hacer creer a la Chará Chará que el lote número 12 lo reclamaba la inexistente

Carmen Rosa Gutiérrez, que esta ficticia persona le había confiado la venta del lote a Gil Betancourt, resulta incuestionable que el procesado, en su provecho, se apropió de $90.000 en perjuicio de la engañada Vernaza Buitrago y Gil Betancourt de $10.000 en detrimento de la misma, se cometió, sin lugar a dudas, el delito de estafa.

Se impone precisar si hay falsedad ideológica en documento privado, esto es, la que se comete cuando el autor de aquél, conscientemente elabora un texto que no corresponde a la realidad y lo usa. Al respecto cabe afirmar:

1. *Si bien el particular se encuentra moralmente obligado a decir la verdad, la ley penal sólo le exige veracidad en ciertos casos y para ciertos efectos. Del mismo modo la propia ley lo exime de esa obligación en determinadas circunstancias. En alguna medida reafirman este principio el artículo 25 de la Carta y los artículos 13 y 239 del Código de Procedimiento Penal al predicar que nadie está obligado a denunciarse a sí mismo y al permitir que las personas del parentesco señalado en esas disposiciones, puedan callar la verdad sobre los hechos de que tengan conocimiento.*

2. *El particular al extender documentos privados está obligado a ser veraz, fundamentalmente cuando el derecho de un tercero es susceptible de sufrir menoscabo: si el documento privado, falso en sus atestaciones, tiene como finalidad producir actos jurídicos y se pretende hacerlo valer como prueba, estructura delito de falsedad cuando de acuerdo con su clase y naturaleza, formalmente, reúne las condiciones que le son propias según la ley y, en todo caso, cuando el comportamiento se acomoda a las exigencias del correspondiente tipo penal.*

Lo anterior puede afirmarse porque el tráfico jurídico, entendido como la circulación de documentos dentro de una organización social con el objeto de concretar las transacciones civiles y comerciales realizables a través de ese medio, sufre perjuicio con graves consecuencias para su conservación y credibilidad. Se reitera, en consecuencia, que los particulares cuando cometen falsedad ideológica en documento privado, violan con esa conducta el interés jurídico tutelado por el artículo 221 del Código Penal. Y desde luego si el falsario recurre a maniobras engañosas y obtiene provecho ilícito económico para sí o para otro con el correspondiente perjuicio ajeno, trátese de falsedad material o de la ideológica en documento privado, se estará además, en presencia del delito de estafa conforme al artículo 356 del mismo estatuto.

El concurso entre los delitos de falsedad en documento privado y estafa, tiene amplio respaldo en sentencias de casación recientes. En la del 15 de septiembre de 1983, dijo esta Sala:

"A juicio de la Sala, dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del Decreto número 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento".

Y en el fallo del 24 de enero de 1984, consignó esta corporación:

"El contenido del artículo 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición 'si lo usa' es equívoca

porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documentos de origen eclesiástico o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y en el segundo, concursa con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito".

"La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsario recurriendo a maniobras engañosas y produciendo un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y el de estafa".

Aceptado que la creación total de un documento constituye falsedad ... y que ésta no obstante haberse cometido en documento privado puede concurrir con la estafa, no hay duda que el competente lo era el juez superior. No hubo, pues, incompetencia del juez.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

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,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

1° FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

Su consumación se produce en el momento y lugar en que el agente lo utiliza para logro de sus propósitos.

2° ESTAFA

Cuando en la falsificación de documento privado el uso es simple artificio para inducir en error y obtener por esta vía incremento patrimonial indebido, además de aquella lesión, se ha producido otra de carácter económico en condiciones tales que ese complejo comportamiento del actor se subsume a la vez en los tipos de falsedad documental y estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 037.

Bogotá, D. E., abril veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual se condenó a Pedro H. Otálora Castellanos a la pena principal de dieciocho meses de prisión como responsable de delitos de falsedad en documentos privados y estafas.

Hechos

En su condición de jefe regional de la firma "Ayerst Laboratorios Inc. de Colombia", el señor Pedro H. Otálora Castellanos viajaba a varias ciudades del país, entre ellas Manizales, Armenia, Pereira, Pasto; descubrióse luego que las facturas de los hoteles en donde pernoctaba fueron adulteradas para consignar en ellas días y precios mayores de los realmente pagados por Otálora, quien cobraba en su sede de Cali el monto total de aquellos recibos.

Relación procesal

La investigación fue abierta en la ciudad de Cali y la adelantó el Juez 23 de Instrucción Criminal; oportunamente clausurada, el procesado fue llamado a juicio

en el Juzgado Segundo Superior por los delitos de falsedades en documentos privados y estafas; después de superada la etapa del juicio y de realizada la audiencia pública, el juzgado del conocimiento profirió el 25 de abril de 1984 sentencia de condena por los mismos delitos por los que se dictó auto de proceder, aunque se le otorgó al procesado la condena de ejecución condicional; este fallo fue confirmado por el Tribunal en providencia del 2 de agosto de aquel mismo año, y recurrido ahora en casación.

La demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal de violación directa de la ley sustancial (arts. 26 y 356 del C. P.) por cuanto se llamó a juicio y condenó al procesado por delitos de falsedades en documentos privados y estafas en concurso, cuando a su juicio solamente se habría configurado el primero de aquellos delitos, toda vez que el uso del documento alterado necesariamente conduce a un daño en los intereses particulares ajenos, daño que cuando es de carácter patrimonial excluye la concurrencia con la estafa. Manifiesta, también, el actor que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad (causal cuarta) tanto por incompetencia del juez, pues las falsedades se cometieron en distritos judiciales distintos del de Cali, como por violación de la unidad procesal, en cuanto no se investigaron en el mismo proceso las falsedades cometidas por los empleados de los hoteles al elaborar los recibos y facturas que entregaron al procesado, lo que además implicó vulneración del derecho de defensa porque las explicaciones por él dadas y que afectaban a tales personas no fueron aclaradas en esta misma investigación.

El concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia; considera, en efecto, que existe concurso entre falsedad documental y estafa cuando el uso del documento falso implica obtención de provecho económico, como lo ha venido reconociendo mayoritariamente la Corte. Respecto de las nulidades invocadas, observa que no se ha incurrido en ninguna irregularidad de fondo, puesto que los delitos de estafa se consumaron en Cali, lugar donde se dio comienzo a la investigación y donde ésta se adelantó y culminó; reconoce que si bien el juez del conocimiento ha debido en el auto de proceder disponer la investigación por separado de aquellos hechos conforme lo autoriza el artículo 482 del C. de P. P., el Tribunal corrigió en la sentencia tal omisión; advierte finalmente que no se incurrió en violación alguna del derecho de defensa del procesado, pues éste tuvo amplia oportunidad de conocer los cargos que se le hacían y de alegar frente a ellos.

Considerandos

1° Causal Cuarta, primer cargo: *Como quiera que el delito de falsedad en documento privado es de dos actos: el de la alteración de la verdad y el del uso del documento ya falsificado, su consumación solamente se produce en el momento y lugar en que el agente lo utiliza para el logro de sus propósitos; en este caso, Otálora Castellanos presentó las facturas adulteradas a sus patrones en la ciudad de Cali y allí obtuvo la entrega de los dineros que en tales documentos se consignaron infielmente, por lo que en ese lugar se consumaron las distintas falsedades, y también las estafas, pues allí mismo se plasmaron con su entrega las maniobras engañosas a sus superiores*

y allí también se obtuvo en cada caso el indebido aprovechamiento patrimonial derivado de tales engaños; por lo que resulta indudable que la competencia para iniciar, proseguir y culminar la investigación correspondía a los jueces que efectivamente la iniciaron, continuaron y fenecieron; no se da, por tanto, la nulidad alegada por el recurrente.

2° Causal Cuarta, segundo cargo: Sobre el tema de las nulidades supralegales ha dicho esta Sala:

"Las llamadas nulidades constitucionales, de creación jurisprudencial, suponen no solamente que la irregularidad procesal que se haya incurrido no esté sancionada de esa manera por la ley, sino que configuren ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No basta, pues, la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico o para que éste sea oficiosamente reconocido por la Corte. 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" (C. S. J. Sala de Casación Penal - Casación de mayo 4 de 1982. M. P. Doctor: Alfonso Reyes Echandía).

Ha de reconocerse que conforme a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 167 del C. de P. P., a este mismo proceso debieron vincularse los empleados de los hoteles que de alguna manera intervinieron en la falsificación de las facturas a que se ha venido haciendo referencia; pero la omisión de tal vinculación al proceso no genera de suyo nulidad, como ya lo ha dicho esta Sala (Cas. de octubre 30 de 1981), a menos que haya producido conculcamiento del derecho de defensa del procesado, situación que no se ha dado en este proceso en el que Otálora Castellanos no solamente tuvo oportunidad de enfrentarse en diligencias de careos con las personas a quienes acusó de haber alterado facturas, sino que en todo momento estuvo asistido por profesionales del derecho que cumplieron fielmente con su misión defensiva. Por lo demás, el Tribunal dispuso ya la investigación por separado de los hechos atribuidos a los empleados de aquellas agencias hoteleras.

No prosperan, pues, estos cargos de nulidad.

3° Causal Primera: *El artículo 221 del Código Penal sanciona a la persona que falsifica documento privado que pueda servir de prueba y lo usa; es este un tipo penal compuesto de dos actos positivos o de acción, el primero de los cuales consiste en la alteración material o ideológica de un documento privado apto para demostrar*

jurídicamente su propio contenido (alteración objetiva del texto original y auténtico o confección de uno que no corresponde a lo acordado por las partes), y el segundo que apunta a su utilización es decir, a su penetración en el tráfico jurídico de acuerdo con su naturaleza y destino. Como quiera que el tipo que describe la falsedad documental del artículo 221 del C. P. no distingue entre las modalidades ideológica y material y puesto que una y otra son naturalísticamente posibles, en cuanto se puede alterar físicamente el contenido de un documento privado con valor probatorio, lo mismo que consignar en él hechos que no correspondan a la verdad para demostrar lo que realmente no ocurrió, ha de concluirse que en tal tipo penal pueden subsumirse tanto la especie de falsedad documental material como aquella de carácter ideológico, siempre que en uno y otros casos el actor haga uso del documento así falsificado.

Obsérvese al respecto que en la exposición de motivos del nuevo Código Penal se reconoce que el verbo rector "falsificar" utilizado en los tipos de falsedad documental comprende el empleo de cualquier mecanismo alterador de la verdad con aptitud para vulnerar el interés jurídico de la fe pública y que, pese a que en el tipo de falsedad ideológica en documento público (art. 219) se emplea la expresión "consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad", esta no es más que una forma de falsificar el documento. Por lo demás, en la descripción típica del uso de documento público falso (art. 222) se sigue utilizando el verbo "falsificar" en sentido amplio, vale decir, comprensivo de sus modalidades material e ideológica.

Por manera que la falsificación del documento privado a que se refiere el artículo 221 del C. P. comprende, como ya se indicó, cualquier mutación de la verdad real, sea que ella se haya logrado mediante alteración física del escrito o en virtud de su creación integral, siempre que en cualquiera de tales casos el documento así alterado se utilice probatoriamente.

Cuando este último acto consolide apenas la vulneración del interés jurídico de la fe pública, se estará frente a un solo delito; pero cuando tal uso es simple artificio para inducir en error y obtener por esta vía incremento patrimonial indebido, además de aquella lesión se ha producido otra de carácter económico en condiciones tales que ese complejo comportamiento del actor se subsume a la vez en los tipos de falsedad documental y estafa en concurrencia heterogénea, como lo prevé el artículo 26 del Estatuto Punitivo Nacional. Así lo ha venido sosteniendo mayoritariamente esta Sala en providencias del *15 de septiembre de 1983* y *24 de enero de 1984*; en la primera de ellas, dijo:

"En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (art. 240, 241 y 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 sí puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría 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 documento falso como medio engañoso.* Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que sí constituyan delito, no podrá ser descartada la existencia del concurso.

"El artículo 221 del C. Penal, es uno de los llamados típicos en 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.

"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 el 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 adecúan y por cuanto, además, se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos" (Cas. sep. 15 de 1983. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Y en la segunda manifestó:

"El contenido del artículo 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretarán a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición de 'si lo usa' es equívoca porque *el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico* como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documento de origen eclesiástico o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y, en el segundo concursa con el de la *estafa,* si además se dan los elementos que estructuran este delito".

Por manera que cuando el procesado determinó la elaboración de las facturas en los varios hoteles de que da cuenta la investigación, de tal suerte que en ellas se hacían constar hechos no ocurridos realmente (permanencia en dichos hoteles por más tiempo del que en verdad estuvo y pago de valores mayores de los realmente cancelados), cuando utilizó después tales facturas así alteradas en su contenido sustancial para demostrar ante su empresa que había gastado, sin ser cierto, dichas sumas, y de ese modo obtuvo provecho económico indebido, no solamente cometió

delitos de falsedad en documentos privados, *sino también de estafas en concurso real,* como acertadamente lo reconoce la sentencia recurrida. Y es que el procesado inducía en error a los directivos de la empresa mediante el artificio de elaborar cuentas de cobro en las que consignaba como gastadas por él en los hoteles donde había estado, sumas de dinero superiores a las realmente desembolsadas y para demostrar tales erogaciones adjuntaba las facturas falsificadas.

De las consideraciones precedentes, despréndese que bien hizo el juzgador al deducir al procesado responsabilidad penal por los delitos de estafas y falsedades documentales; por tales razones no prospera este cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Disentimos respetuosamente del pensamiento mayoritario de la Sala en cuanto acepta, en el caso juzgado, la concurrencia de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, este último en razón del uso que hizo el procesado de las facturas que acreditaban un número mayor de días en comisión de los que realmente había permanecido el sindicado, todo ello, como apenas es obvio, con miras a cobrar sumas mayores por concepto de viáticos.

Estimamos que la presentación que se hizo ante la empresa de esas facturas contrarias a la verdad, constituye apenas el uso jurídico propio de las mismas, pues no se entiende con qué otra finalidad, si no fuera esa, pudo haberlas falsificado el procesado.

La elaboración de cuentas de cobro con fundamento en esas facturas es el mecanismo idóneo para hacer efectivos los viáticos, de donde no puede dársele el alcance que le otorga la sentencia de un ardid para engañar a la empresa que debía pagar esos viáticos a su empleado.

Como pensamos que también en el caso presente es predicable la exclusión del concurso, pues el uso de las facturas sólo vino a perfeccionar el delito de falsedad en documento privado (art. 221 del C. P.), reproducimos a continuación nuestro criterio expresado en anterior oportunidad, cuando igualmente se predicó la tesis de la concurrencia delictual:

"1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suele vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento psico-físico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en los artículos 26 a 28 del actual Código Penal.

"2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del *non bis in idem*, llevan a la doctrina y a las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer como un solo delito, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, o como una sola conducta con efectos múltiples, también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc., y de ahí también, los criterios de especialidad, consunción y subsidiariedad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque ésta sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos.

"3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en este salvamento. Porque entendemos que la Reforma Penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad una enmienda profunda de efectos acentuados más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que, en lo relacionado con los títulos valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales; porque aceptamos el delito complejo (en estricto o lato sentido), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo puede resolver satisfactoriamente el problema planteado mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el 'uso', como elemento del tipo (art. 221 del C. P.), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecuencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultado querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título valor.

"4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así ésta pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

"Antes, a expensas de la asimilación del título valor a documento público, la falsedad cometida en éstos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, al instrumento negociable originando también el uso de éste plurales entidades delictivas, de ordinario falsedad y estafa. Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimiera, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien habiendo falsificado el documento *público*, igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento referido al documento *privado*, sí estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad con la obvia exclusión del concurso con la estafa (art. 242 del Código Penal de 1936).

"En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de 'uso de documento público falso' el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222,

inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo, con los alcances ya analizados (art. 221).

"De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

"5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar al lado de la eliminación del concurso. El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo, inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el artículo 221 del 'uso' tiene que referirse, en la esfera de los títulos valores, a la estafa, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos valores adulterados, sirva simultáneamente a dos necesidades: a la de estructurar hacia atrás la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa.

"La tesis de la mayoría desatiende este sesgo legislativo, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, ásí como la tendencia de los últimos tiempos que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, concentrando en una sola figura criminal los varios aspectos que puedan tener relación, mediante los concursos, con los títulos valores (Ver D. 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el Capítulo 4°, título 14, libro 2° del C. P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto parece que poco vale como artificio y engaño la cuidadosa adulteración de un cheque con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental; pero, si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea, el de la estafa.

"Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta, en el fondo, sobre un resultado: la obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencias.

"6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa en este tema de la falsedad de títulos valores tiene características substanciales y no simplemente corticales. Baste reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que nos merece este disentimiento. 'Doctor Estrada Vélez: El artículo 296 del proyecto final, *uso de documento falso*, me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo. Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia

de falsificación de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

" *'Entonces, si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad en documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos'*. Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya recurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto: *'Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años'. Inciso. 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'.

" 'Doctor Giraldo Marín: Señor presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa no habría concurso de falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia en el acta.

" 'Doctor Estrada Vélez: *Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado en este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.*

" 'El secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor Estrada Vélez es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

" 'Artículo 270. *Uso de documento público falso.* El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

" 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó la pena se aumentará hasta en la mitad'. 'Doctor Estrada Vélez: El artículo 302 del proyecto final se refiere a la *falsedad en título valor*. Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un margen amplio para que el juez juzgue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se pueda fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. *Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aún tratándose de un delito pluriofensivo.*

" 'Doctor Giraldo Marín: Precisamente, por el bien jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este artículo en el presente título. Sin embargo, por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos.

" 'Doctor Estrada Vélez: En principio, estoy de acuerdo con usted; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en *título valor*. Será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena. Teniendo en cuenta, obviamente, la cuantía del título valor falsificado, además de los factores establecidos en la parte general del Código. *De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada.* En consecuencia, propongo el siguiente texto: 'El que falsifique un título valor, si lo usa incurrirá en prisión de uno a diez años'. Inciso. 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor'. De esta manera protegemos el título valor en su sentido amplio y dentro de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercero. *No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsificó constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño. En consideración el nuevo texto propuesto.*

" 'El secretario informa que la comisión aprueba el texto propuesto por el doctor Estrada Vélez, con voto negativo del doctor Giraldo Marín.

" 'Y da lectura al nuevo artículo aprobado:

" 'Artículo 276. *Falsedad en título valor.* El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años.

" 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor'. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano —parte especial— artículos 11 a 322. Volumen II Acta número 20, páginas 355/356 y 357/358. Colección Pequeño Foro. Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín. Subraya la Sala.

"7. Los casos que se pretenden arbitrar como contraargumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación económica que alimenta la falsedad del título valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consiguiente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales sí descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente" (Casación. Sentencia de 15 de septiembre de 1983. Proceso contra Jaime Gallego Cifuentes).

Estimamos que debió haberse aceptado la censura formulada en este punto por el recurrente.

Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Fecha, *ut supra*

DEMANDA ANTITECNICA

Una demanda que resulta contradictoria en sus términos no es apta para obtener el quebrantamiento del fallo que por su mediación se persigue, pues lleva en sí el germen de su destrucción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 37 de 23 abril/85.

Bogotá, veintitrés (23) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el defensor del procesado José Albeiro Pineda Otálvaro en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Cali que le condenó por un delito de falsedad en documentos privados por ocultamiento y destrucción, a la pena principal de un (1) año de prisión.

1. LOS HECHOS

Oscar Montes Cobo, gerente y propietario de la firma "Camperolandia Ltda." de Cali, denunció a José Albeiro Pineda Otálvaro, mensajero a su servicio, por no haber consignado cheques y dineros que le había entregado y de los cuales se apropió.

2. EL PROCESO

Abierta la investigación Pineda Otálvaro fue indagado y detenido. Dijo que no había tomado para sí los dineros que se le entregaron y en cuanto a los cheques que algunos se le perdieron y otros los entregó a su patrono. Se practicaron otras pruebas como las de recepción de testimonios, careo, peritación contable, etc., y el proceso fue repartido al Juzgado Tercero Superior de Cali en donde se llamó a responder en juicio al procesado por auto de 31 de diciembre de 1983 y se le condenó el 1° de junio de 1984 a la pena principal de un (1) año de prisión, en forma genérica al pago de perjuicios e imposición de sanciones accesorias. Se le concedió condena de ejecución condicional. Apelada dicha providencia el Tribunal, en sentencia de 13 de agosto de 1984, que es ahora objeto del recurso extraordinario, confirmó a plenitud dicho proveído.

3. La demanda

Se acusa a la sentencia de ser "violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 224 del actual Código Penal", disposición a la cual se adecuó la conducta del procesado "en forma directa" y "sin utilizar ninguno de los dispositivos amplificadores del tipo". Luego de dicho planteamiento afirma que no es cierto que confesara el delito el procesado pues simplemente afirmó que los cheques se le perdieron, hecho éste que califica de "acto involuntario" o de "caso fortuito" y no de voluntaria ocultación. Los títulos valores que devolvió a su patrono no fueron consignados porque había cerrado el banco. Los declarantes desconocían los hechos y dicen haberse dado cuenta de lo sucedido por boca del denunciante.

Solicita el censor la casación del fallo para que se absuelva al procesado y remata su demanda de la siguiente manera: "Como resultado de faltar un ingrediente, como es el elemento subjetivo además de los descriptivos la adecuación de la conducta dentro del tipo penal como una conducta típica no puede operar como tal, implicando por lo tanto la no descripción integral de la descripción típica y obtenido así lo atípico como típico por aplicar de manera indebida la norma del artículo 224 del C. P. en la falsedad de documentos privados por ocultamiento".

4. Réplica del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a la casación del fallo pues califica de imprecisa la demanda y observa que se invoca la causal primera de casación por aplicación indebida de la ley sustancial, lo cual indica que se alude a la violación directa de la norma y a pesar de ello toda la argumentación del demandante se refiere a la prueba del elemento subjetivo de la infracción en lugar de aceptar los hechos tal y como el juzgador los consideró demostrados. Esta posición encontrada de la demanda es suficiente, dice, para desestimarla por insuficiente.

No obstante lo dicho agrega que la misma imprecisión existe si se considera que se trata de una censura por violación indirecta, pues no se mencionan con exactitud las normas procesales correspondientes ni se demuestran errores de apreciación probatoria y menos aun se dice si dichos errores fueron manifiestos.

5. Las consideraciones de la Sala

Una demanda que resulta contradictoria en sus términos no es apta para obtener el quebrantamiento del fallo que por su mediación se persigue pues lleva en sí el gérmen de su destrucción e impide, por tanto, la prosperidad del recurso extraordinario que posee características técnicas especiales y propias que lo diferencian de los medios de impugnación común que son utilizables en las instancias.

En el caso presente se desconoce ostensiblemente la nítida diferencia que media entre una censura por violación indirecta de la ley sustancial y un reproche por vía de violación directa de la misma, pues aunque una y otra deben proponerse con apoyo en la causal primera de casación ya que se refieren a la transgresión de la norma, lo cierto es que no pueden confundirse o entremezclarse para ser aducidas conjuntamente porque al obrar de tal manera se entorpecen y enturbian los análisis y razonamientos que presuponen una discriminación exacta y necesaria, para la claridad del examen jurídico que se pide.

En la demanda examinada el planteamiento inicial, indica la proposición del recurso por violación directa de la ley sustancial e incluso el censor utiliza expresamente las palabras "en forma directa" para referirse a la aplicación indebida de la norma alrededor de la cual gira el reproche. Ese planteamiento presupone que se aceptan los hechos que conforman el proceso en la misma forma en que fueron considerados por el juzgador y que no se discute la valoración probatoria que les asignó. Por consiguiente, debe demostrarse solamente que se aplicó indebidamente el precepto legal al caso concreto. Se prescinde, por consiguiente, de toda cuestión de facto y el alegato en sustentación del cargo, debe desarrollarse en un terreno de puro derecho.

Acontece, sin embargo, que con evidente contraposición a su enunciado original el censor se dedica, en lo que debía ser la demostración del cargo, a un examen probatorio tendiente a establecer que la conducta del procesado carece de dolo pues todo el acontecer delictuoso que se le imputa, encuentra su explicación en un acto involuntario proveniente de caso fortuito. Alude, además, a la falta de comprobación de los elementos descriptivos de la infracción y al desconocimiento por parte del fallador, de lo que denomina "dispositivos amplificadores del tipo" que ni siquiera explica cuáles pueden ser.

No hay necesidad de penetrar en el estudio de si el censor quiso proponer el recurso por violación indirecta de la ley sustancial pues ello equivaldría a suplir las deficiencias de la demanda y volvería a tropezarse con que ésta peca contra el principio de "la no contradicción" y es por eso imprecisa como la califica el Ministerio Público y antitécnica como queda demostrado. En estas condiciones no puede prosperar 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.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Requisitos legales y técnico jurídicos. Su importancia. Proporciona los elementos esenciales de la sentencia de casación y limita la jurisdicción de la Corte. Esta no puede por propia iniciativa, corregirla, ampliarla o contraer el ámbito de la impugnación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 37.

Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá, condenó, mediante sentencia del 29 de noviembre de 1983, al procesado Emilio Velásquez a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión, a las accesorias de rigor y al pago de los perjuicios correspondientes por los delitos de concierto para delinquir y hurto.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó ese fallo aumentando la pena impuesta a setenta y dos meses de prisión.

Contra esta última determinación el mencionado procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

HECHOS

Quedaron sintetizados en el fallo recurrido de la siguiente manera:

"... Unidades del Grupo de Automotores de la SIPEC informó que en abril 10/82 se trasladaron a la carrera 19 D número 64-91 Sur, hallando dentro de dicho inmueble los siguientes vehículos automotores: Lada 2121, placas HY 2073, color mostaza, que corresponde al comunicado 0723; Renault 4, placas AM 4576, color rojo, motor número 510022479, cabina número 56199. Dentro de la misma edificación fueron capturados Julio Walter Sánchez, Yesid Muñoz Damián, Joaquín Morales, Ernesto Quintero Soacha, Diego Rivas Mosquera y Alvaro López. Dentro de la misma casa se encontraron varias plaquetas de identificación, la número 4468278 pertenece a un Renault 12 color azul, placas JR 5903 y pertenece al comunicado 0610; otra número 480393 pertenece a un Renault 4, placas HA 5042 y

comunicado 2181 de 1981; otras con los números 6523974 y R1123-1311741 más 24 llaves para diferentes carros. El 12 de abril del mismo año fue interceptado el Renault 12, placas AG-6481, color verde, tipo sedán, motor número 02253578 removida, cabina número 14343, número de producción 1453278 original, dentro de este automotor fueron capturados Emilio Velásquez, Carlos Julio Díaz Martínez, Miguel Alfonso Velásquez, Blanca Cecilia Díaz y Ruth Martínez Díaz. También fueron capturados Elci Elvira Martínez Díaz y Blanca Cecilia Díaz. Al parecer las personas capturadas hacen parte de una banda o sociedad para delinquir, destinada al hurto de vehículos automotores, los cuales desarmaban y sus partes eran vendidas o eran colocadas en otros vehículos mediante injertos para que la operación tuviera éxito.

Demanda y Ministerio Público

Se invoca la causal primera "... puesto que el *ad quem* admitió y concedió un valor probatorio a hechos sustanciales referidos procesalmente al *corpus delicti*, que contiene erróneas apreciaciones que encausó a errores de derecho los cuales parten desde el auto de vocación a juicio, referente a la aplicación de las leyes y del procedimiento...".

En dos aspectos ataca la sentencia:

a) Con relación al tipo penal. Sobre este punto expresa:

"... En cualesquier diccionario de la lengua española, la acepción 'dos' en el caso de comento su calificativo equivalente es: A una y una unidades lo que sería igual a 'par' conjunto de dos personas o cosas de la misma especie, todo contrario a la norma punitiva (art. 186 C. P.) ... cuando varias personas ... dicción idiomática calificativa 'vario o varios' que significa algunos, cuantos, etc.

"Entonces, taxativamente, no cabe frente a la expresión de la ley, su mismo espíritu idiomático como jurídico, inherentes entre sí, para denominar una conducta como la tipifica el artículo 186 del Código Penal, para la responsabilidad aplicable a dos personas máxime si éstas tienen un carácter de cónyuges, unión en la cual siempre se presume por su misma naturaleza, el que estén de acuerdo en la mayoría de los actos de su vida...".

Al respecto el procurador delegado, responde:

"... si bien la norma derogada, hacía referencia a tres o más personas (art. 208 C. P. anterior, Dto. 2525/63, art. 3°), el precepto vigente introdujo variación acertada y sólo menciona o exige varias personas, en lo cual se comprenden dos, bastando éstas para que pueda configurarse la infracción, como se desprende no sólo del sentido de tal expresión sino de lo expresado por los miembros de las comisiones redactoras o que prepararon el actual estatuto, quienes para hacer la modificación correspondiente anotaron que la norma referida vigente, no tenía sentido, pues el acuerdo para cometer delitos o concierto podía efectuarse entre dos personas; por manera que imputada esta situación al procesado recurrente y a su concubina, se configura la infracción sin ninguna duda y sin que la especial unión que existiera entre dichos procesados por razón de sus relaciones extramaritales, impidiera en forma alguna, que existiera la pluralidad de personas exigidas por la ley...".

b) Con relación a la autoría. Sobre esta objeción anota:

"... en ambas instancias se apeló para fundamentar y sustentar a la vez, aquellos cargos elaborados en sus informes por la SIPEC que fuera de las múltiples confesiones que 'dizque' los capturados hicieron allí, se trae las versiones del agente policial Alfredo Valbuena Salas, quien acota sobre las confesiones del capturado Emilio —mi cliente— el de haberse robado aquellos carros de la relación procesal, amén, de otros muchos más. Pero es evidente como obvio, que este procesado infirmó de manera rotunda, hizo énfasis, en que tales confesiones las hizo bajo la coacción de la tortura.

"Bien lo sabe la honorable Corte que tales métodos morales y físicos de torturas, flagelos ha sido costumbre desafortunada en nuestro medio por los cuerpos de la Policía y son innumerables las investigaciones que sobre el particular ha adelantado la Procuraduría General de la Nación e innumerables las jurisprudencias aun codificadas de la honorable Corte sobre el particular...".

El Ministerio Público refuta con estas observaciones:

"... La impugnación del testimonio del agente Valbuena, respecto a la confesión extrajudicial del procesado no tiene tampoco apoyo, pues debe recordarse que se trataba de dependiente o miembro de la Policía quien depuso sobre hechos que pudo percibir directamente por razón del ejercicio de sus funciones, sin que baste para restar valor a tales manifestaciones atribuidas al procesado, el expresar que fueron producto de torturas, que no se hallan demostradas, aparte de que obran las incautaciones demostradas de vehículos y partes de los mismos en poder de los procesados, con pleno valor incriminatorio y que no han podido desconocerse ni impugnarse; y si el fallador dio a tales manifestaciones el valor indiciario suficiente que corresponde, no se demuestra error en la apreciación de estas pruebas...".

SE CONSIDERA

Bastarían las razones expuestas por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal para que los cargos formulados en la demanda no prosperen. Sin embargo, la Corte no puede entrar al estudio de fondo de la demanda porque se lo impide la falta de técnica de la demanda que la hace absolutamente inepta.

Las razones de esta afirmación son las siguientes:

1. Al señalar el demandante los límites y alcances de la impugnación se contenta con invocar la causal primera de casación sin señalar el motivo y el sentido de la misma. Esto es, que en ningún momento propone de modo expreso la violación indirecta de la ley sustancial que al parecer es la que pretendió aducir, y tampoco por parte alguna indicó si esa presunta violación condujo a la falta de aplicación, a la aplicación indebida o a la interpretación errónea de la ley sustancial, quedándose, como lo ha dicho la Corte "... en el umbral del recurso...".

2. No intenta demostrar los cargos, pues se limita a enunciarlos sin hacer estudio alguno del material probatorio en que podrían fundarse y, menos precisa los errores de derecho en que incurrió el fallador según su personal criterio, la doctrina y la jurisprudencia.

3. No establece la relación de causalidad entre la impugnación y la parte resolutiva lo que no le permitió poner de resalto su incidencia decisiva en el fallo para poder concluir, que de no haberse presentado los pretendidos errores de apreciación probatoria, el sentido de éste hubiera sido distinto.

4. Por último, no hace una solicitud concreta de infirmación. En efecto, si bien pide que se invaliden las sentencias de primera y segunda instancia, no sugiere el sentido que debe tener la decisión de la Corte de acuerdo con sus aspiraciones de parte recurrente.

Las fallas en el cumplimiento de los requisitos legales y técnico-jurídicos de la demanda hacen ver su importancia y la necesidad de que los recurrentes sepan elaborarla para sustentar con eficacia este recurso extraordinario.

Sobre la demanda de casación se apoya el recursos y se fundamenta su decisión. Es decir, que abre la puerta para que la Corte pueda penetrar al proceso y al fondo de la impugnación, y proporciona los elementos esenciales de la sentencia que habrá de proferirse finalmente.

Esto significa que la demanda señala el marco jurídico dentro del cual se va a debatir la censura limitando la jurisdicción de la Corte y restringiendo sus poderes de enmienda.

Si tal es el cometido de la demanda de casación, resulta apenas obvio concluir que la Corte no puede corregirla ni puede de su propio motivo ampliar o contraer el ámbito de la impugnación porque se perdería el punto de gravedad o de equilibrio que por antonomasia corresponde a la función juzgadora en sede de casación.

Y, si esto es evidente, porque no es un recurso de plena jurisdicción, débese tener por exigencias consustanciales al mismo, la neutralidad del juez de casación y la inexcusable idoneidad de la demanda que lo sustenta.

Por estas razones, un alegato de instancia como el que en este caso se presenta, no puede tener aptitud para que prospere el recurso.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de mayo de 1984, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA. SORTEO PROCEDIMIENTO

Si en la realización del sorteo —procedimiento— hay ausencia de error, no puede alegarse nulidad.

RECURSO DE CASACION
NULIDAD SUPRALEGAL

Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute (art. 26 C. Nal.).

Sólo pueden aplicarse a un delito cometido antes de su vigencia, solamente, si resultan más favorables que las de las leyes abolidas (art. 26 C. Nal. inc. 2°).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 37 de 23 abril/85.

Bogotá, veintitrés (23) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de casación propuesto contra la sentencia de 10 de agosto de 1983 por la cual el Tribunal Superior de Santa Marta confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad para condenar al procesado Alejandro González Rodríguez como autor responsable del delito de homicidio en Humberto Colón Polo a la pena principal de diez (10) años de prisión.

1. LOS HECHOS

El 20 de enero de 1981, en una caseta en donde se vendían licores y se bailaba, en el corregimiento de Cantagallar, municipio de El Piñón, Alejandro González Rodríguez disparó un arma de fuego en contra de Humberto Colón Polo para ocasionarle la muerte de manera instantánea.

2. EL PROCESO

Inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal del lugar y señalado como autor de los hechos de sangre Alejandro González Rodríguez se le sometió a

indagatoria y se le detuvo. El asunto correspondió por competencia al Juzgado Segundo Superior de Santa Marta en donde luego de cumplida una ampliación de la sumaria y cerrada la investigación se llamó al indagado a responder en juicio con intervención de jurado, por un delito de homicidio sin atenuantes ni agravantes. Concluida la audiencia pública y sobre la base de un veredicto unánime afirmativo de responsabilidad, se dictó la sentencia de primera instancia que luego el Tribunal confirmó en la que ahora es objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda

Invoca el demandante la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según alega, la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por "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" según previsión del numeral 3° del artículo 211 del mismo Código. En el caso concreto se refiere al individuo sorteado con el nombre de Marcos Mendoza que ocupaba el número 100 en la lista de jurados correspondientes al Juzgado Segundo Superior de Santa Marta.

Recuerda el censor que el defensor del procesado planteó en las instancias la misma nulidad "motivando su escrito en el hecho de que existiendo cuatro ciudadanos con el nombre de Marco Mendoza, en la ciudad de Santa Marta, todos ellos con identificación por segundo apellido diferente y cédulas de ciudadanía obviamente diferentes, quien debió ser notificado pudo ser cualquiera de los mismos y no quien por azar dentro de esta probabilidad actuó en el proceso". La nulidad pedida fue negada en las dos instancias y en la segunda con salvamento de voto de uno de los magistrados que integran la Sala.

En la lista de jurados, dice, no se identificó a Marco Mendoza ni por su estado civil, condiciones de residencia o profesión, ni se dijo el número de su cédula de ciudadanía y si dentro de un cálculo de probabilidades, "cuyo solo enunciado parece repeler", se podía escoger a cualquiera de los cuatro Marcos Mendoza, resultaba más lógico pensar que éste era aquel que aparecía sin segundo apellido y no como Marco Antonio Mendoza Ceballos.

Luego de referirse a la importancia del jurado, a las causales especiales de nulidad que existen en el procedimiento para los juicios en que interviene y al motivo de la impugnación, afirma que "la decisión del jurado es una, producto de la deliberación de sus componentes", y "que dicha deliberación varía fundamentalmente, si se altera la composición de los miembros del jurado, porque cada persona ejerce una libertad de conciencia diferente, acorde con sus convicciones y procesos mentales, de manera que variando las personas se varían los argumentos que sirven de fondo a la decisión final y única del jurado".

Se detiene luego en el examen del punto relativo a la identidad del jurado y cita dos fragmentos de jurisprudencia de 1960 y 1975, respectivamente, consultables en las Gacetas Judiciales Tomos XCIII y CLI, páginas 236 y 22, que considera ajustadas al caso presente. Solicita se case la sentencia protestada y se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la fecha en que se hizo el sorteo de jurados.

4. Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa, que no debe casarse la sentencia impugnada porque carece de fundamento la solicitud del censor ante el hecho de que la situación que describe como generadora de nulidad no pasa de ser una irregularidad censurable sin trascendencia sobre la validez de la actuación.

Recuerda que el defensor del procesado estuvo presente en la diligencia de sorteo sin manifestar objeción alguna y que sus peticiones de nulidad, producidas después de conocido el veredicto del jurado, causan "por lo menos" curiosidad. En cuanto a la demanda, luego de referirse a la lista de cédulas de ciudadanía proveniente de la Registraduría Nacional del Estado Civil y de hacer hincapié en que al lado del nombre del jurado figuraba como dirección suya la palabra "Terminal", afirma:

"De esta manera, tiénese que la prueba argüida por el damandante no ofrece solidez, máxime cuando se abstuvo de demostrar la insolvencia moral o mental del ciudadano que concurrió como miembro del jurado de conciencia que condenó a su cliente y de acreditar que la persona escogida por sorteo no fue aquélla a quien se refería la lista de jurados suministrada por el Tribunal en los términos del artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que se trató de 'una operación analógica' o de un problema ontológico como afirma en el libelo que se estudia. La polémica presentada, con todo el interés que despierta, se apoya en consideraciones de carácter personal de su autor pero, como se advirtió en precedencia, no consulta los fundamentos y la regulación procedimental de la institución del jurado de conciencia".

Al final observa que el homicidio por el cual se juzgó al procesado, se cometió el 20 de enero de 1981 y cuando aun regía el Código Penal de 1935 que traía como pena mínima para el delito de homicidio la de ocho (8) años de presidio en su artículo 362 y que, a pesar de tal cosa se le aplicó la mínima de diez (10) años de prisión prevista en el artículo 323 del Código Penal en vigencia desde el 29 de enero de 1981. Habla de irretroactividad y como desarrollo del principio de favorabilidad y pide a la Sala, en razón de que la sentencia ha sido recurrida en casación y aún "no es definitiva", que con fundamento en los artículos 6° y 7° del Código de Procedimiento Penal y 46 de la Ley 153 de 1887 se corrija el yerro apuntado.

5. Las consideraciones de la Sala

En el numeral tercero del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal aparece como causal de nulidad en los procesos con intervención de jurado la de "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".

En el presente caso la diligencia citada se llevó a cabo en el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta el 3 de diciembre de 1982 con asistencia del fiscal, del procesado y de su defensor y de la lista que confeccionó el Tribunal Superior para tal efecto y de acuerdo con la mecánica que la ley establece fueron seleccionadas las personas que como principales y suplentes debían integrar el jurado. Se tiene, por consiguiente, que dicho acto se cumplió con el lleno de las formalidades legales y sin

objeción alguna por parte de quienes concurrieron a su realización. Los así escogidos fueron debida y oportunamente notificados y los principales: Raquel Awad de Hernández, César Marcucci y Marcos Mendoza, estuvieron presentes en la diligencia de audiencia al final de la cual declararon en veredicto unánime la responsabilidad del procesado en el homicidio por el cual se le juzgó.

1. *La reseña que antecede pone de manifiesto la total ausencia de error de procedimiento en la realización del sorteo. Sin embargo, el demandante apoya su impugnación como antes lo había hecho el defensor en las dos instancias, en el hecho de que la Registraduría del Estado Civil certifica la existencia en sus archivos de cuatro personas con nombres similares; así: Marco Antonio Mendoza, Marco Mendoza Hernández, Marco Antonio Mendoza Campo y Marco de Jesús Mendoza Ceballos y alega que resultaba imposible determinar, en tales condiciones, cuál de los cuatro fue sorteado como jurado pues en la lista que sirvió de base para la diligencia no aparece señalamiento de algún documento o de otro dato que permita su adecuada identificación.*

La nulidad alegada existiría, según la transcripción que al principio se hizo del numeral tercero del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, si ante una exacta coincidencia de nombres y apellidos el juez del conocimiento que presidió el sorteo de modo arbitrario, caprichoso o de alguna manera inexplicable, resolviera tener a cualquiera de las personas que dichas coincidencias presentan como aquélla a quien el Tribunal Superior a cuyo cargo estuvo la tarea de conformar las listas de jurados de acuerdo con lo establecido en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, quiso designar para el cumplimiento de tan delicada función.

En el presente caso el alegato del impugnador se desvanece totalmente si se sabe que junto al nombre de Marco Mendoza, correspondiente al número 100 de la lista de jurados, se tuvo el buen cuidado de señalar como sitio en donde debía buscársele la palabra "Terminal" y que allí fue buscado y encontrado y una vez debidamente notificado y cumplidos con él los demás requisitos de ley concurrió y actuó en la audiencia pública. Esta misma razón la dieron los juzgadores en las instancias cuando el defensor que asistió a la diligencia de sorteo y nada objetó, planteó el mismo aparente problema y resulta suficiente para decir que queda eliminada cualquier posibilidad de duda respecto de la identidad de la persona sorteada. Por otra parte, no demuestra el censor por parte alguna que no fuera él aquel que por querer del Tribunal, figuraba en la lista y que su presencia en el proceso se debe a la sola voluntad de quien presidió la diligencia de sorteo.

Por todo lo anteriormente dicho debe concluirse que las alegaciones del censor para reclamar la nulidad indicada no tiene las connotaciones y trascendencias que le asigna la demanda y que, bien miradas las cosas, constituyen solamente reiteraciones de una cuestión resuelta correctamente en las instancias. El recurso no prospera.

2. *En relación con la solicitud del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, formulada fuera del recurso de casación y concerniente al hecho de que se impuso al procesado la pena mínima de diez (10) años de prisión que contempla el artículo 323 del Código Penal de 1980 y no la de ocho (8) que traía el Código Penal de 1936, es*

preciso reconocer que le asiste completa razón pues los hechos ocurrieron el 20 de enero de 1981 y la nueva legislación entró en vigor el día 29 del mismo mes y año.

Tan protuberante defecto no fue advertido por los fiscales y jueces en las dos instancias, ni por el defensor. Tampoco por el impugnador que bien pudo plantearlo por la vía de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida. La Corte no puede suplir el absoluto silencio de la demanda sobre tan resaltante punto porque tal actividad está vedada por el artículo 581 del Código en cita. El Procurador Delegado que descubrió el error, pide a la Corte que lo enmiende con fundamento en los artículos 6° y 7° del Código de Procedimiento Penal y 46 de la Ley 153 de 1887 pues la sentencia por estar recurrida en casación "aún no es definitiva".

Cabe apuntar, en relación con lo dicho por el Procurador Delegado, que lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 153 de 1887 está modificado por el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal que asigna la competencia para hacer cesar o para rebajar con arreglo a una ley nueva una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores "al juez que conoció de la causa" que, para el caso presente y si se tratara de una verdadera rebaja de pena, sería el Juez Segundo Superior de Santa Marta. Tampoco resulta aplicable la disposición del artículo 6° del mismo Código porque no se contempla un problema relativo a la aplicación o no aplicación de una ley de procedimiento. Y, finalmente, porque de proceder a la enmienda propuesta por la simple razón de que la interposición del recurso de casación ha impedido que la sentencia impugnada sea definitiva, ello equivaldría a la realización de una tercera instancia que no consagra la ley. En fin, que acierta el Ministerio Público en el descubrimiento del yerro pero no en la indicación del medio procedimental adecuado para corregirlo.

A pesar de todo lo dicho cabe para el caso en examen un decreto de nulidad de carácter supralegal por absoluto desconocimiento, por parte del juzgador, del principio de que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute según lo dispone la Constitución Nacional en su artículo 26.

*En el artículo 1° del Código Penal de 1936 se consagraba el principio de la legalidad de las penas ("*nullum crimen sine lege*") que se conserva con ligeros cambios de terminología en el artículo 1° del Código Penal de 1980. Por consiguiente, para un delito cometido antes del 29 de enero de 1981, como acontece para el caso concreto, la ley preexistente debía buscarse en el Código Penal de 1936 pues las disposiciones del Código Penal de 1980 sólo pueden aplicarse a un delito cometido antes de su vigencia solamente si resultan más favorables que las de las leyes abolidas según el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Nacional, el 6° del Código Penal de 1980 y el 3° del Código Penal de 1936.*

En este proceso es evidente que se procedió al contrario puesto que se prefirió aplicar la ley restrictiva o desfavorable contra todo lo dicho en las normas constitucionales y legales citadas. Desde el momento mismo de la comisión del homicidio tenía el procesado el derecho a que se le juzgara de conformidad con la ley penal antecedente al hecho, salvo que la ley posterior le fuera favorable. La violación del artículo 26 de la

Constitución Nacional es flagrante y ello engendra la nulidad enunciada que será decretada para que la equidad se restablezca.

El error pudo ser enmendado por el Tribunal Superior de Santa Marta cuando conoció de la decisión del juez del conocimiento y, por consecuencia, al casar el fallo el proceso se retrotraerá, en obedecimiento de lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, hasta el momento anterior a la sentencia de segunda instancia para que se dicte de nuevo en concordancia con todo cuanto aquí se ha dicho.

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:

CASAR el fallo recurrido por haberse incurrido en nulidad de rango constitucional, según razonamientos de la parte motiva de la presente providencia y, en consecuencia, ANULAR todo lo actuado en el proceso desde el momento en que se puso a despacho para sentencia de segunda instancia y ORDENAR que, devuelto el expediente, ésta se dicte de nuevo.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

POLICIA NACIONAL. JUZGAMIENTO

La presencia de los agentes de la policía ante los Tribunales Castrenses frente a los delitos cometidos por los servidores de la institución armada en referencia, tiene operancia en tres específicas situaciones: Comisión del ilícito con ocasión del servicio por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 37.

Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Felipe Díaz Ojeda contra la sentencia de junio 27 del año inmediatamente anterior, en cuyo texto el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juzgado 20 Superior en la que se condenó al recurrente a la pena principal de ocho años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado, en la modalidad de la tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la noche del 20 de septiembre del año 1971, Luis Ernesto Serrato, Gustavo Ramírez y la novia del primero, María Lilia Montenegro, luego de asistir a una doble función al teatro San Remo de esta capital y cuando se dirigían a casa de Serrato minutos antes de las 10 p.m. en la carrera 83 con calle 77, fueron interceptados por tres individuos, uno de los cuales, Hernán Díaz Ojeda, solicitó ayuda para empujar un automóvil varado, obteniendo de aquéllos respuesta negativa. Tal actitud molestó a Luis Felipe Díaz Ojeda, quien, cuando los inicialmente mencionados avanzaron una distancia de aproximadamente media cuadra y luego que su consanguíneo profirió en contra de los mismos improperios de grueso calibre, disparó en repetidas oportunidades un arma de fuego, uno de cuyos proyectiles vulneró la humanidad de Serrato, específicamente a la altura del cuello que le ocasionó lesión medular, parálisis de todos los miembros y cuadro de gran invalidez.

En el curso de la investigación, el procesado Luis Felipe Díaz Ojeda negó toda participación en los hechos que se le atribuyen, relievando que no se encontraba en el

lugar en que se cometieron. Se estableció además que el implicado para la época de la conducta comisiva, pertenecía a la Policía Nacional, institución a la que servía en la Décima Estación sin que para entonces se presentara a cumplir el primer turno de vigilancia que tenía encomendado, pues, como el propio agente lo acepta, vestido de civil, fuera del cuartel y al margen de cualquier actividad relacionada con el servicio, se hallaba ocupado en otros menesteres.

En junio de 1982 se profirió auto de proceder contra Díaz Ojeda por el delito de homicidio agravado en la modalidad de la tentativa, como expresamente se analizó y consignó en la calificación, la cual fue aprobada de manera integral por el *ad quem* al revisarla por la vía de la apelación.

En octubre 6 de 1983, se verificó la audiencia pública al término de la cual los integrantes del jurado respondieron al cuestionario formulado por unanimidad, de la siguiente manera:

"Sí es responsable"

El 19 del mes y año citado últimamente, el juzgado del conocimiento, acogiendo el fallo del Tribunal popular, condenó a Luis Felipe Díaz Ojeda a la pena principal de ocho años de prisión en su calidad de autor responsable del delito de homicidio, cometido en las circunstancias ya indicadas.

En junio 27 del año 1984, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al conocer por apelación de la citada sentencia, le impartió confirmación en todas y cada una de sus partes. Contra la decisión de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

La demanda de casación

Tres cargos formula el defensor del condenado a la sentencia, todos con fundamento en la causal cuarta de casación del artículo 580 del C. de P. Penal al concluir que fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo

Nulidad de orden legal por incompetencia del juez: El vicio que se invoca es el previsto en el ordinal 1° del artículo 210 del ordenamiento procedimiental penal, en apoyo de cuya existencia sostiene el censor, que el Tribunal carecía de competencia para decidir finalmente sobre el objeto del proceso, por las siguientes razones: a) Cuando se cometieron los hechos el país se encontraba en estado de sitio; b) El sujeto agente del delito pertenece, como miembro activo, a la Policía Nacional; c) El comportamiento que se le atribuye es de los previstos en las leyes comunes.

Afirma en consecuencia, que el conocimiento del asunto es de la Justicia Penal Militar por expresa disposición del ordinal 2° del artículo 308 del Código de la materia, en concordancia con el artículo 284 *ibidem* que aplica el término militar a las Fuerzas de Policía y el Decreto número 2131 de 1976 que impuso el régimen de legalidad marcial para la época de los hechos.

Segundo cargo

Nulidad de carácter legal, por haberse incurrido en el auto de proceder en error sobre la denominación jurídica del delito: El cargo se centra en el ordinal 5° del artículo 210 del Estatuto Procesal Penal, pues, los elementos de juicio allegados al informativo, hablan de un delito de lesiones personales y no de homicidio tentado agravado.

En este punto exacto sostiene la crítica en la inexistencia del propósito de matar a persona indefensa, pues, los disparos se irrogaron de noche, en condiciones de mala visibilidad, a un grupo integrado por tres personas correspondiendo la mala suerte a Serrato y sin que se actuara por el victimario con asechanza, insidia, alevosía, etc. o, se dirigiera el arma por la mano del implicado a un sitio determinado de la humanidad del lesionado o con el deseo de eliminarlo.

Tercer cargo

Nulidad de raigambre jurisprudencial, al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio: Se apoya el planteamiento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que al procesado se le condenó sin atender el debido proceso, cuestión que afirma ocurrió, pues la sentencia no estuvo en consonancia con el auto de proceder. Sintetiza su pensamiento en que el *a quo* dedujo de manera expresa en el auto de proceder la circunstancia modificadora de responsabilidad penal contenida en el numeral 7° del artículo 324 del C. Penal, pero el Tribunal nada dijo sobre el tema concreto de la indefensión al confirmar el proveído calificatorio del sumario, con lo que dicho silencio entraña como única respuesta: "que el *ad quem* desechó el agravante".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal al responder los cargos de la demanda, solicita sean desechados.

Con relación al primer cargo, señala que si bien el condenado para el momento de los hechos ostentaba la calidad de agente de la Policía Nacional, el desenvolvimiento de los mismos nada tuvo que ver con dicha investidura, con lo que, por expresa disposición del Decreto número 2347 de 1971 artículo 8°, reproducido por el 2137 de 1983 artículo 18 (Estatuto reorgánico de la Policía Nacional), el conocimiento de estas diligencias ha de quedar bajo el imperio de la justicia ordinaria. Cita igualmente el artículo 170 de la Constitución Nacional.

En lo que hace al segundo cargo, enfatiza que, los elementos de juicio recogidos en la investigación hablan claramente de un delito de homicidio imperfecto, para lo cual se refiere a la opinión del Ministerio Público ante los funcionarios de conocimiento. Hace énfasis en la idoneidad del arma accionada por el condenado, el sitio vital de la humanidad de Luis Ernesto Serrato en que se incrustó uno de los proyectiles disparados, los plurales disparos que se hicieron, y la forma oportuna como se prestó asistencia médica al lesionado que impidió su fallecimiento. Destaca que Luis Felipe Díaz Ojeda por razón de su oficio tenía el suficiente adiestramiento en el manejo de las armas de fuego. Finalmente, que la agravación atribuida en el

pliego de cargos, si bien aparece criticada por ser el producto de una errada apreciación de la prueba por parte del juzgador, tal aspecto que se presenta por el censor como error en la calificación del delito, no adolece de prueba en el proceso.

El último cargo dice, carece de base, pues simplemente el auto del *a quo* en el cual se residenció en juicio criminal al recurrente, consignó expresamente el agravante, y al ser aprobado en "todas sus partes" por el Tribunal así no se hubiera hablado expresamente de dicha circunstancia, significa que permaneció vigente para los efectos propios del juzgamiento. Agrega, que la nulidad que infiere el demandante por la vía del artículo 26 de la Carta Fundamental, no puede prosperar, porque el memorialista no probó el quebrantamiento esbozado y no puede alegar duda alguna para los efectos propios de la presentación de su defensa.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Para la Sala carece de razón el casacionista, cuando afirma que la competencia para conocer del proceso es de la Justicia Penal Militar.

Para el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, resulta indiferente que el país se encuentre o no bajo el régimen de legalidad marcial, pues lo esencial para determinar quién es el juez llamado a conocer de los delitos cometidos por sus agentes, es el desarrollo de las exigencias previstas en el artículo 8° del Decreto número 2137 de 1983 expedido el 29 de julio y publicado en el "Diario Oficial" número 36324 de agosto 29 del mismo año, en cuyo contenido el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 9° de la Ley 35 de 1982, expidió el estatuto orgánico de la Policía Nacional.

El punto de vista dominante y que sirve de base a la anterior apreciación, radica entre otras en las siguientes razones:

1. Los agentes de la Policía Nacional pertenecen a una institución de carácter eminentemente civil, pues el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar que permitía darles el tratamiento de militares, fue derogado por el Decreto número 2347 de 1971, que reafirmó en dicho punto abundantes antecedentes legislativos que no viene al caso citar. No tiene entonces aplicación el fuero consagrado en el artículo 170 de la Constitución Nacional.

2. El Decreto número 2137 de 1983 "reorgánico de la Policía Nacional" es como se dijo por la Sala en ocasión pretérita, norma que prevalece respecto al Código Penal Militar (D. 250/58), dada su posterioridad y la especialidad que entraña por la materia de que se ocupa con exclusividad.

3. Es precisamente el último precepto el que regula de manera completa y exacta, lo relativo a la presencia de los agentes de la policía ante los tribunales castrenses, cuando en su artículo 18 dispone, que, frente a los delitos cometidos por los servidores de la institución armada en referencia, se aplica el Decreto número 250 de 1958, así como las disposiciones que lo adicionen o reformen en tres específicas situaciones: Comisión de ilícitos con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo.

Luis Felipe Díaz Ojeda para el día de los hechos, esto es la noche del 20 de septiembre de 1971, era miembro activo de la Policía Nacional y prestaba sus servicios específicamente a la Décima Estación, a la cual como se dijo antes, no se presentó en esta fecha a cumplir con el primer turno que le estaba asignado. En términos simples, el condenado para la fecha citada vestía de civil como él mismo lo acepta, estaba fuera del servicio y su acción dirigida a vulnerar la humanidad de los integrantes de un grupo de personas, no tuvo nada que ver con sus funciones, pues todo se circunscribe a que enardecido porque aquéllos no atendieron positivamente la solicitud que les formuló su hermano para empujar un automóvil varado, procedió, luego de los improperios lanzados por su consanguíneo, a disparar en varias oportunidades un arma de fuego contra quienes se retiraban pacíficamente del sitio de los hechos lastimando, como se sabe, severamente la integridad de uno de ellos.

Lo anterior conduce a la conclusión, de que el recurrente fue juzgado por funcionario competente, y, por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Tampoco se ajusta a la realidad procesal la afirmación de que en el auto de proceder se incurrió en error sobre la denominación jurídica del delito, ya que el Estado en este caso, allegó a la investigación a través de sus agentes, sólidos elementos de juicio que descartan la existencia de un delito de lesiones personales y que, por el contrario, destacan la comisión de un homicidio en grado de tentativa.

En oportunidad anterior la Sala, acerca del fenómeno de la tentativa señaló:

"... para que pueda hablarse de tentativa se requiere la presencia de los siguientes elementos: a) El propósito de cometer un determinado ilícito; b) Principio de ejecución de ese hecho punible; c) La idoneidad y univocidad de la conducta, y d) La presencia de factores independientes de la voluntad del agente, que impiden la consumación del hecho punible que el atente se había propuesto".

Y se agregó:

"Punto de partida indispensable para la estructuración de la tentativa es el propósito de cometer un hecho punible determinado... Tradicionalmente se ha discutido sobre la necesidad de demostrar el propósito del agente y sobre las dificultades para su demostración: no obstante, de antaño los doctrinantes han enseñado que de los hechos objetivos y externos puede inferirse la intención del actor y concretamente en relación con el propósito homicida se ha dicho que éste puede deducirse de la naturaleza del arma empleada; del número de golpes propinados; de la región del organismo que haya sido vulnerada, en la medida en que ello no haya sido producto de lo fortuito o accidental; de los motivos que dieron lugar a los hechos; de las relaciones previas entre las protagonistas del hecho; de las manifestaciones y actitudes anteriores o posteriores de quienes participaron; y, en fin, de todos los elementos de convicción que permitan al juez establecer de manera irrefragable dicho propósito".

Si el delito de lesiones personales exige la negación del propósito de matar, mal puede hablarse en estas diligencias de tal comportamiento ilícito, pues, el conjunto probatorio y específicamente el que demuestra la forma como se cumplió la conducta

reprochada, evidencia en el condenado una actitud conciente y voluntaria proyectada hacia la eliminación de uno de sus semejantes.

Del expediente se establece que, entre el grupo de tres personas del cual hacían parte la víctima y el implicado, respectivamente, no existía con anterioridad al hecho punible conocimiento de ninguna especie. Que Serrato, el lesionado, salía con su novia y un amigo de cine, cuando minutos antes de las diez de la noche fueron abordados por el hermano del condenado, en solicitud de ayuda para empujar un auto varado. Se sabe de otra parte que la negativa de las personas que acompañaban a la víctima, apoyada justamente en las sospechas que los asistían por la inseguridad capitalina, molestó a Hernán Díaz Ojeda quien lanzó toda suerte de agravios contra aquellos que ya se retiraban del lugar sin hacer la más mínima manifestación de discordia. Subsiguientemente, Luis Felipe Díaz Ojeda, comenzó a disparar contra Luis Ernesto Serrato, María Lilia Montenegro y Gustavo Ramírez, lesionando gravamente al primero a la altura del cuello.

Son los mismos razonamientos presentados por el representante del procesado, los que conducen a relievar el propósito de matar. En efecto, se trata de una persona que por su vinculación con la Policía Nacional, debe entenderse experta en el manejo de las armas; en actitud claramente arbitraria, decidió emplear un arma de fuego contra personas que tranquilamente se desplazaban por una calle de la ciudad, ante un motivo de futilidad innegable; el arma fue accionada por cinco oportunidades, contra el grupo, que tal y como se infiere de las afirmaciones de sus integrantes tan solo había avanzado aproximadamente media cuadra cuando oyeron los insultos y casi contemporáneamente los disparos, para buscar rápido refugio sin que la actitud instintiva salvaguardiara la integridad de Ernesto Serrato que en el trance resultó seriamente comprometido; la víctima fue vulnerada en sitio vital de su humanidad, lo que demuestra por la corta distancia a que se encontraba el agente que la acción desplegada estuvo inequívocamente dirigida a eliminar a quien resultó víctima o a uno de sus acompañantes; sin embargo, tal resultado no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, esto es, la oportuna atención médica que se le prestó; y, finalmente, el momento mismo del injusto, de noche, y en condiciones de mala visibilidad —cuestión que se alega en favor del condenado— hacen pensar, que el procesado sí estaba asistido del deseo de matar o, de lo contrario, hubiera hecho los disparos al aire o al piso, caso en el cual el resultado dañoso que ahora ocupa la atención de la Corte no se habría presentado.

Las anteriores apreciaciones que seguramente incidieron en la voluntad del jurado para responder afirmativamente la cuestión única que se les planteó, obligan a desestimar el segundo cargo formulado por el casacionista.

En este mismo punto señala el actor que en la sentencia se incurrió en ostensible error en la apreciación de las pruebas que sirven de fundamento a la causal de agravación. Aún cuando el cargo se presente como una nulidad, es lo cierto que en el fondo lo que se plantea por esta vía es una crítica del material probatorio, propio de la segunda parte de la causal primera de casación que, como reiteradamente se ha dicho por la Sala, no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

Tercer cargo

Sin ninguna base propone el actor, que el fallo recurrido se pródujo en juicio viciado de nulidad constitucional, pues, el Tribunal Superior de Bogotá al guardar silencio acerca de la "indefensión" cuando confirmó el auto de proceder contra Luis Felipe Díaz Ojeda, simplemente revocó la causal de agravación.

Tal interpretación desacertada parte de la consideración que hace el actor del auto enjuiciatorio, escindiendo la determinación del *a quo* e interpretándola aisladamente de la providencia de segunda instancia, en la cual se le impartió confirmación en todas y cada una de sus partes. Que el *ad quem* no haya analizado la circunstancia calificante aludida, implica, al aprobar la medida de instancia sin reparos, que estuvo integralmente de acuerdo con la agravación frente a la cual sobraban otras consideraciones. Las dos decisiones han de ser examinadas como una única calificación del sumario y por ende mal puede hablarse de violación al artículo 483 del C. de Procedimiento Penal.

El cargo 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 recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

24 abril 1985 al despacho del señor Magistrado Fabio Calderón Botero para salvamento de voto.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES FABIO CALDERÓN BOTERO, PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA Y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA

Porque no estamos de acuerdo con la decisión mayoritaria que adoptó la Sala en el caso concreto, salvamos nuestros votos y sustentamos dicha disidencia de la siguiente manera.

Dijo la Sala en providencia de 22 de febrero de 1979, que corresponde a la justicia castrense, mientras exista estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo por cualquier tipo de infracción a ellos imputada. Igual cosa se había dicho ya en casación de 7 de diciembre de 1977, aunque con menor prolijidad, y en varias otras que concretaron un criterio diferente al que por aquel entonces tenía el Tribunal Disciplinario. Las decisiones aludidas fueron adoptadas, en su momento, por unanimidad.

Desde las fechas indicadas tal jurisprudencia fue dominante y se reiteró y precisó aún más en sentencia de casación de 17 de junio de 1980 que tuvo sólo un salvamento de voto con fundamento gramatical y semántico. Con posterioridad continuó aplicándose la misma jurisprudencia hasta este momento en que la Sala, por mayoría vuelve a la tesis que sostuvo el Tribunal Disciplinario en su época y, más tarde hasta su desaparición, el Consejo Superior de la Judicatura.

El cambio jurisprudencial gira en torno del artículo 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971 que somete a la competencia de la justicia castrense el procesamiento de policiales a quienes aparezcan imputaciones por infracciones realizadas "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo". Concluyen de allí, mediante razonamiento equivocado a nuestro parecer, que los demás delitos que se les carguen, los llamados "comunes", deben ir al conocimiento de los jueces ordinarios; y así lo dicen en la providencia de la cual nos apartamos.

El análisis y examen del artículo 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, y hasta el "Diario Oficial" en que fue publicado, se cita expresamente en la providencia de 22 de febrero de 1979, no escapó a la consideración de la Sala. Es más, se dijo que con anterioridad el Decreto número 1705 de 1960, había dispuesto lo mismo, palabras más, palabras menos. Esa misma disposición podría repetirse por un hipotético futuro estatuto orgánico de la Policía Nacional, que, al igual que los antecedentes no alteraran, derogaran o de alguna manera modificaran los artículos 308 y 284 del Código de Justicia Penal Militar.

Y es que resulta sumamente claro el artículo 398 citado cuando en su segundo numeral asigna a la jurisdicción militar el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior", y más claro aún si ello es posible, el artículo 284 del mismo estatuto cuando dispone que: "Para los efectos de este Código, los términos militar o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II. Debe agregarse aquí, y se dijo ya en su momento, que los dos artículos transcritos fueron declarados exequibles por la Corte, mediante sentencia de 4 de octubre de 1971 y 29 de septiembre de 1973, respectivamente, fallos que, se recuerda, producen efectos *erga omnes* y *adversus omnes*.

Cuando se habla de tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público y conmoción interior como motivos para que la justicia castrense asuma el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes" imputados a militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Militares, debe, forzosa-

mente, agregar a los miembros de las Fuerzas de Policía, por exacta combinación de las dos disposiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Resulta claro entonces que la Justicia Penal Militar, con o sin estado de sitio, juzga a los policiales cuando delinquen "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", y que solamente durante el estado de sitio esa competencia se amplía para conocer también de los delitos "comunes" que a dichos policiales se imputan. Y no hay contrariedad entre lo dicho y lo establecido por el artículo 8° del Decreto número 2347 de 1971 y los artículos 308 y 284 del C. de J. P. M. porque la primera disposición rige para todo tiempo y las dos citadas en segundo lugar y que la Sala mayoritaria considera opuestas, están creadas para un "tiempo" exacto, el tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público, conmoción interior.

Consideramos, en consecuencia, que nos asiste razón y que, a pesar del fundado respeto que nos merecen los análisis, razonamientos y conclusiones adversos a nuestro criterio sobre la materia examinada, no debió producirse la variación jurisprudencial de la cual discrepamos.

Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

LIBERTAD CONDICIONAL
ANTECEDENTES DE TODO ORDEN
(Artículo 72 Código Penal)

El apercibimiento (Dto. 1660 de 1978) es una sanción por falta muy leve, que si bien constituye antecedente para inhabilidad en el ejercicio del cargo, no es suficiente para los efectos del artículo 72 del C. P., pues de ser considerado como tal entidad se estaría contrariando la filosofía del subrogado penal previsto en ella.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 38.

Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El defensor del procesado César Augusto Giraldo Ramírez, ex-Juez Promiscuo Municipal de Filandia (Q.), solicita para su patrocinado el beneficio de libertad provisional con fundamento en el artículo 72 del Código Penal pues lleva en detención efectiva más de dos años, los que sumados al tiempo que le corresponde como redención de pena por trabajo, sobrepasan las dos terceras partes de la pena impuesta.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable a la petición de libertad pues la personalidad del procesado es indicativa del necesario tratamiento penitenciario por cuanto su conducta en el ejercicio del cargo es reveladora de su peligrosidad que hace que la pena hasta ahora descontada sea insuficiente para suponer con acierto su readaptación.

SE CONSIDERA

El Tribunal Superior de Armenia mediante sentencia de 9 de marzo de 1984, condenó a César Augusto Giraldo Ramírez a la pena principal de cuatro (4) años de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos y peculado. Esta Sala al revisar el citado fallo, en providencia de 16 de abril del corriente año, modificó la pena de privación de la libertad en el sentido de imponer al procesado cuarenta y dos (42) meses de prisión.

La Corte al tasar la nueva pena se refirió para partir del mínimo (3 años por el delito de falsedad) a "... la conducta anterior del procesado siempre buena, a la ausencia de antecedentes penales y a la circunstancia de no haber evadido su responsabilidad pues estuvo siempre dispuesto, como hay constancias en el expediente, a explicar su conducta ante la justicia (fl. 230 vto. del cuaderno número 1).

El acusado Giraldo Ramírez se halla detenido en razón de este proceso desde el 14 de abril de 1983, esto es, ha descontado de la pena impuesta *veinticuatro (24) meses y diez (10) días*, que sumados a *cinco (5) meses y veinticinco (25) días* a que tiene derecho como redención de pena por trabajo durante el tiempo de reclusión (4.220 horas en casino, auxiliar de jurídica y oficios varios), dan un total de *treinta (30) meses y cinco (5) días*, tiempo superior a las dos terceras partes de la pena que equivalen a veintiocho (28) meses.

El monto del peculado que se le dedujo al procesado fue de $147.336.17, suma ésta que se reintegró en su totalidad.

El artículo 72 del Código Penal faculta al juez para conceder el beneficio de libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Estando debidamente acreditado el primer factor de orden cronológico, la Sala pasa al análisis de los restantes con el fin de determinar si es procedente otorgar el beneficio invocado.

Como se dejó consignado anteriormente, el procesado reintegró la totalidad de los valores apropiados cuando desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Filandia (Q.) y siempre estuvo atento a responder por su conducta ante la justicia. Esta, por lo demás, fue siempre buena y el Consejo de Disciplina del centro carcelario la ha calificado como "ejemplar" durante el tiempo de reclusión (fl. 30 cuaderno de la Corte).

Igualmente, se acredita que Giraldo Ramírez ha laborado permanentemente y durante el último año ha colaborado como auxiliar en la sección jurídica de la cárcel, indicativo todo ello de su deseo de reincorporarse a la sociedad y de que el tiempo efectivo de detención ha cumplido su objetivo de rehabilitación.

Sin embargo, como *la norma invocada por el peticionario determina que deben tenerse en cuenta para otorgar el beneficio de libertad condicional "los antecedentes de todo orden", la Sala advierte la ausencia de ellos en el orden penal y de policía. El que le figura a folio 50 del cuaderno número 2 original "apercibimiento", cuando desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Buenavista (Boyacá), considera la Sala que no alcanza a ser motivo impediente para conceder el beneficio de excarcelación.*

En efecto. El Decreto número 1660 de 1978 contempla como sanción disciplinaria el apercibimiento, la multa, suspensión en el empleo o destitución y, como medida accesoria, la exclusión de la carrera (art. 169).

El apercibimiento lo define como "la reprensión por escrito hecha con motivo de falta leve, cuando la naturaleza de ésta, los motivos determinantes, etc., no ameritan sanción de multa (art. 170 ibidem).

Por su parte el artículo 172 enseña que la multa se impondrá en caso de falta leve, lo que es indicativo de que el apercibimiento es una sanción por falta muy leve, que si bien constituye antecedente para inhabilidad en el ejercicio del cargo, no es suficiente para los efectos del artículo 72 del Código Penal, pues de ser considerado con tal entidad se estaría contrariando la filosofía del subrogado penal previsto en ella.

En suma, la Sala considera que en el presente caso se hallan reunidos los requisitos legales para otorgar al procesado César Augusto Giraldo Ramírez el beneficio de libertad provisional con fundamento en los presupuestos de la libertad condicional, previa caución prendaria por la suma de sesenta mil pesos ($60.000.00) que deberá depositar en el Banco Popular, sección depósitos judiciales, a favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia y la suscripción de la diligencia de buena conducta de que trata el artículo 47 de la Ley 2ª de 1984.

Satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente orden de excarcelación a favor del procesado, *con la advertencia de que sólo producirá sus efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en proceso diferente.*

Para el cumplimiento de esta providencia, se comisionará al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia quien recibirá el título judicial y asentará la correspondiente diligencia de compromiso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1° CONCEDER al procesado César Augusto Giraldo Ramírez el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria por la suma de sesenta mil pesos ($60.000.00) que depositará a favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia y la suscripción de la diligencia de buena conducta de que trata el artículo 47 de la Ley 2ª de 1984.

2° COMISIONAR al señor Presidente de la Sala Penal de la citada corporación para que una vez prestada la caución y asentada la diligencia compromisoria, libre la correspondiente orden de excarcelación del procesado, *con la advertencia de que sólo producirá sus efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en proceso diferente.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

TENTATIVA DE ASOCIACION
ASOCIACION. CODIGO E.E.U.U.

Corresponde al concierto para delinquir del Código Penal Colombiano (art. 186).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 40 de 30 de abril de 1985.

Bogotá, treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El gobierno de los Estados Unidos solicita la extradición del ciudadano Alberto Escobar. El Ministerio de Justicia envió a la Sala la documentación correspondiente en demanda del concepto previsto en el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal.

El examen de los documentos aportados por el gobierno requirente permite saber que un Gran Jurado Federal de la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Georgia, División de Atlanta, dictó auto de acusación contra Harold Joseph Rosenthal y veintinueve (29) personas más entre las cuales aparece Alberto Escobar, el 18 de enero de 1984, luego de la investigación cumplida por la Oficina Distrital de la Administración Antinarcóticos del Departamento de Justicia (DEA) que se denominó "Operación Southern Comfort".

En el primero de los cargos de dicha providencia se le formula a Escobar el haberse asociado con los demás procesados con el propósito de introducir cocaína a los Estados Unidos y de poseer dicha sustancia narcótica controlada por las leyes de dicho país con intención de distribuirla. En el punto 12 del segundo cargo se dice que objeto de dicha asociación o empresa, fue el compromiso adquirido por Escobar para introducir, en connivencia con otros, 500 libras de cocaína procedentes de Colombia y llegadas efectivamente a Florida por la vía de las Bahamas. En el cargo quince se habla de la introducción de 1.000 libras y el cargo veinte se refiere a otras 1.000 libras de la misma sustancia.

La tentativa de asociación y la asociación misma encuentran sus previsiones en las Secciones 846 y 963 del Título 21 del Cógido de los Estados Unidos. La conspiración, para el caso concreto, está prevista en la Sección 1962 (d) del Título 18

del mismo Código. El control para la cocaína encuentra su previsión en la Sección 812 (a), (4) del Título 21, lista II y la importación o introducción de una sustancia de tal naturaleza en la Sección 952 (a) del Título 21. En la Sección 841 (a), (1) del Título 21 se declara ilícito fabricar, distribuir, administrar o poseer con intención de fabricar, distribuir o administrar una sustancia controlada.

Esas infracciones corresponden al concierto para delinquir previsto en el artículo 186 del Código Penal Colombiano de 1980 y lo relativo a la cocaína en sus diferentes aspectos o modalidades delictuosas, se prevé en el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 por el cual se expidió el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Los documentos que acompañan a la solicitud de extradición permiten, contra lo alegado por el apoderado de oficio del reclamado, sostener que se adecúan a las previsiones del artículo 9° del Tratado de Extradición aprobado por la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980. En relación con el aparte "a" y en cuanto a la identificación de Alberto Escobar, debe decirse que en la declaración juramentada del señor Steven R. Wisebram, Fiscal Asistente, aparece que supo por boca de agentes de la Administración Antinarcóticos que poseía el reclamado la cédula de ciudadanía número 8704485 expedida en Barranquilla y la Registraduría Nacional del Estado Civil, a solicitud de la Sala, envió la fotocopia de la cédula de ciudadanía número 8704485 de Barranquilla expedida para Luis Alberto Escobar Uribe nacido en Nobsa (Boyacá) el 13 de marzo de 1960. También cuestiona el apoderado lo relativo a una supuesta ausencia de señalamiento del lugar en donde probablemente se encuentre pero en la Nota Verbal de la embajada de los Estados Unidos en Colombia, la número 487 de 18 de julio de 1984, se dice muy claramente que la más reciente dirección del reclamado es la de la carrera 83 A número 33 en Medellín y que se cree se halla en Colombia.

La relación de hechos, los textos de las disposiciones legales que establezcan los elementos esenciales y la denominación del delito por el cual se solicita la extradición, los textos de las disposiciones legales que establecen las penas correspondientes y los relativos a la prescripción de la acción penal, vienen también en la documentación recibida para satisfacer las exigencias de los apartes "b, c, d, e" del numeral 2 del artículo 9° del Tratado. También y como al principio se dijo, se cuenta con una copia del auto de acusación, equivalente al auto de proceder del sistema procedimental penal colombiano, debidamente traducido por perito oficial para reunir así los requisitos exigidos en el aparte "a" y en el "b" del numeral 3 del mismo artículo, y del numeral 5, en cuanto a la traducción se refiere. En esa misma documentación viene la "orden de detención" de Alberto Escobar expedida el mismo día de su enjuiciamiento y corresponde al "Anexo D" de folio 267. La orden de detención provisional del reclamado que produjo el Ministerio de Justicia tiene fecha del 24 de mayo de 1984. Por consecuencia, no faltan dichas piezas en la documentación como lo asevera el apoderado de oficio. Cabe agregar que dicha detención se ordenó a raíz de la solicitud que en tal sentido hizo la embajada de los Estados Unidos en Colombia en Nota Verbal número 294 del 15 de mayo de 1984.

Los documentos citados en el párrafo que antecede y las declaraciones que se adjuntan contienen también las pruebas de que, según las leyes del Estado requerido, existe motivo fundado para afirmar que la persona reclamada ha cometido el delito

por el cual se solicita la extradición, de conformidad con el aparte "c" del numeral 3 del artículo 9° del Tratado. En este punto cabe agregar que las alegaciones del apoderado de oficio en relación con posibles deficiencias probatorias en las acusaciones del Gran Jurado son motivo de cuestionamiento y controversia dentro del proceso que se sigue en los Estados Unidos y, por tanto, no cuentan en tema de extradición.

De lo dicho al principio acerca del auto de acusación debe agregarse que los delitos que se imputan al reclamado Luis Alberto Escobar Uribe o Alberto Escobar constituyen también delitos en Colombia y que, por consiguiente, la exigencia de la "doble incriminación" o de la "correlación legislativa" entre los dos Estados se da perfectamente en el presente caso. Esos delitos aparecen en los puntos 16 y 21 en la lista del Apéndice del Tratado y a ellos se refiere el aparte "a" del artículo 2° del mismo.

Por lo demás, esos delitos no tienen carácter político alguno, ni conexidad con infracciones de tal tipo, ni son de naturaleza militar. Tampoco hay constancia en el proceso de que la persona reclamada haya sido juzgada y condenada o absuelta en este país y, finalmente, que no existe prescripción de la acción penal que se adelanta en el Estado requirente ni el delito porque se procede tiene señalada pena de muerte. No existe, por consecuencia, las prohibiciones a las cuales se refieren los artículos 4°, 5°, 6° y 7° del Tratado.

Conviene agregar que en el cargo segundo del auto de acusación, en la página 94 de la traducción oficial correspondiente al folio 239, se dice de Alberto Escobar que adquirió bienes con ciertas sumas de dinero que, según todo lo indica, provenían de las actividades delictuosas que se le imputan, con violación de la Sección 1962, Título 18 del Código de los Estados Unidos. Ese comportamiento no está previsto como un delito autónomo en Colombia y, por tanto, por este preciso aspecto no procede la extradición. Tampoco por lo atinente a "viajes y transporte interestatales e internacionales en provecho de empresas de delincuencia" según la Sección 1952 del Título 18 del mismo Código.

Con las únicas salvedades consignadas en el párrafo que antecede, conceptúa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se reúnen en el presente caso todos los requisitos previstos en el Tratado y, por tanto, se da concepto favorable para la extradición de Luis Alberto Escobar Uribe o Alberto Escobar.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

VIOLACION INDIRECTA
JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO
DE CONCIENCIA O VOCALES

Se desconocería la razonable libertad de que gozan los jurados o vocales en la valoración de los medios de convicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 40.

Bogotá, D.E., treinta de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Alvaro Caicedo Gómez contra la sentencia del 4 de noviembre de 1982 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó la dictada el 7 de septiembre de ese año por el Juzgado Quinto Superior de ese distrito, reformándola en el sentido de condenarlo junto con Gonzalo Garzón Rojas a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, para cada uno, como responsables de los delitos de homicidio y hurto agravados cometidos en la persona y bienes de Alfonso Jiménez Uni, en lugar de los diecisiete años de prisión con que habían sido sancionados.

Admitido el recurso, se consideró formalmente ajustada a las exigencias legales la demanda presentada en su nombre por apoderado especialmente constituido (fls. 2 y 29 del cdno. de la Corte).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los acontecimientos que culminaron con la muerte violenta del ciudadano Alfonso Jiménez Uni en zona rural de la Inspección Departamental de Policía de "Alto de Lisboa", Jurisdicción Municipal de Manizales, aparecen fielmente reseñados por los juzgadores de instancia, de la siguiente manera:

"Informa el proceso que José Alvaro Caicedo con antelación al insuceso motivo de estudio, planeó o ideó eliminar al señor Alfonso Jiménez compañero suyo de labores agrícolas, con el exclusivo propósito de despojarlo de dinero y objetos personales que siempre llevaba consigo. Para lograr sus propósitos convidó a compañeros suyos para que coadyuvaran o colaboraran de acuerdo a sus malvados propósi-

fueron sometidos los sindicados y dos de sus compañeros en las dependencias del F-2 de la Policía en Manizales para confrontarlos con las versiones suministradas en sus respectivas indagatorias ante el funcionario instructor, para poner de presente, por ese modo, las contradicciones en que incurren como resultado de las amenazas de muerte y malos tratamientos de palabra y de obra de que fueron objeto por parte de agentes de la Policía Judicial, quienes los obligaron a acomodar las iniciales exposiciones a sus mezquinos intereses.

Al amparo de la causal primera de casación del artículo 580 del C. de P. P., acusa la sentencia de ser "violatoria de la ley sustancial, por infracción indirecta, por error de derecho, ya que, tergiversando de buena fe los elementos probatorios que obran en el proceso, le dio al artículo 264, en su aplicación a los mismos (sic) el alcance que el espíritu de la norma no le ha dado".

En desarrollo del cargo expresa el recurrente que la violación del artículo 264 del C. de P. P. se produjo en doble sentido: porque los juzgadores de instancia tuvieron como "prueba legalmente constituida" la manifestación hecha por el sindicado Caicedo Gómez ante funcionarios incompetentes del F-2 de la Policía Judicial de Manizales "sin el lleno de las más mínimas garantías procesales, y mediante la utilización de la fuerza" y le asignaron el valor de confesión. En cambio le negaron el mérito probatorio que dicha norma señala a la confesión rendida por el mismo inculpado ante el Juzgado 13 de Instrucción Criminal con asistencia de apoderado y sin apremios de ninguna índole, oportunidad procesal en la que admitió haber dado muerte al occiso, pero en ejercicio de legítima defensa.

Arguye que en la primera audiencia pública el jurado, como resulta de su respuesta, tuvo en cuenta esta situación, pero el Tribunal Superior la rechazó por considerarla contraevidente "tomando como base la confesión hecha por el incriminado en las dependencias del F-2 de Manizales".

"En la segunda audiencia —agrega—, el jurado fue sordo a los planteamientos de la defensa, en una actitud comprensible y justificable si se tiene en cuenta que las bases probatorias a él presentadas habían sido distorsionadas y tergiversadas".

No obstante que los jueces de hecho son autónomos en la valoración de las pruebas, éstas deben aparecer legalmente producidas, "pues de lo contrario, el jurado tendría como base para lograr esa convicción, el error o los errores erigidos como prueba por el juzgador".

Insiste en que el yerro atribuido al sentenciador consistió en haberle dado credibilidad a la versión inicial del sindicado, siendo que la necropsia demuestra un solo golpe con arma contundente sin que nadie explique el porqué, si el procesado portaba peinilla o machete, el cadáver no presentaba heridas de naturaleza cortante.

Concluye solicitando la infirmación de la sentencia por ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita desechar, por improcedente, el recurso de casación interpuesto, ya que de coformidad con reiterada y constante

tos, siendo rechazado por algunos de ellos, pero al convidar para ello a Héctor Gonzalo Garzón Rojas, igualmente compañero de labores, éste decidió acompañarlo. Elaborado el plan a seguir, convidaron a Jiménez Uni a cacería la noche del 23 de noviembre de 1980, y cuando estuvieron con él en el lugar solitario e inhabitado, a sangre fría le dieron muerte, cumplieron su cometido, pues una vez eliminado aquél lo despojaron de sus pertenencias más valiosas".

Desde el comienzo de la investigación recayeron graves sospechas sobre los compañeros de trabajo de la víctima, habiendo sido capturados, entre otros, Gonzalo Garzón Rojas y José Alvaro Caicedo Gómez, quienes a través de exposiciones ante funcionarios del F-2 de la Policía y de sus indagatorias recepcionadas por el Juez 13 de Instrucción Criminal —Ambulante— de Manizales, presentaron versiones contradictorias de los hechos, con la única particularidad de inculparse mutuamente de haber golpeado en la cabeza a Jiménez Uni en momentos en que se aprestaba a prender un cigarrillo que le habían ofrecido.

Posteriormente amplió su injurada el sindicado José Alvaro Caicedo Gómez y en ella se retractó de los cargos formulados contra su compañero Gonzalo Garzón Rojas, a la vez que confesó haber dado muerte a Jiménez a golpes de guadua cuando lo perseguía armado de machete, por negarse a complacerlo en inmoral propuesta que le hizo (fls. 135 vto. y ss. del cuaderno principal).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Quinto Superior de Manizales los llamó a responder en juicio, con intervención de Jurado de Conciencia, como coautores de los delitos de homicidio y robo en las circunstancias de agravación contempladas en los artículos 363 numerales 2°, 3° y 5°, y 404 del anterior Código Penal (fls. 177 a 201 del cuaderno principal), pronunciamiento apelado por ellos y confirmado por el Tribunal Superior de Manizales (fls. 228 y ss. *ibidem*).

En la audiencia pública el jurado negó la responsabilidad de los acusados en cuanto al delito contra el patrimonio económico y rechazó la intención de matar respecto del homicidio. Los veredictos fueron acogidos por el juzgado del conocimiento y con fundamento en ellos se profirió la sentencia que los condenó a la pena principal de 96 meses de prisión (fls. 265 a 268 y 276 a 293 *ibidem*).

El Tribunal Superior de Manizales al revisar, por vía de consulta el ameritado fallo, declaró contraevidentes los veredictos y dispuso la convocatoria de nuevo jurado (fls. 310 a 320 *ibidem*).

En la segunda audiencia pública contestaron los jurados con respuesta afirmativa unánime cada uno de los cuatro cuestionarios sometidos a su consideración (fls. 327 a 330 *ibidem*), veredicción sobre la cual se sustentó la sentencia de primera instancia que condenó a los procesados a la pena principal de 17 años de prisión, decisión que, al ser impugnada, y luego confirmada por el Tribunal Superior de Manizales, fue modificada favorablemente en cuanto a la pena, como se dejó ya anotado.

Demanda de casación

El impugnante, luego de una breve reseña de los hechos debatidos y de la actuación procesal, se ocupa de examinar extensamente los interrogatorios a que

jurisprudencia de esta Sala, en los juicios con intervención de Jurado de Conciencia no procede la invocación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial toda vez que un planteamiento de esta naturaleza conduciría a desconocer la razonable autonomía del jurado y a una declaración de contraevidencia del veredicto no contemplada como causal de casación.

Recuerda el Procurador que en esta clase de procesos la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto (art. 519 del C. de P. P.), que la labor del juzgador en derecho es la de armonizar su fallo con la respuesta del jurado siempre que no sea contraria a la evidencia de los hechos o contradictoria, y que en el caso examinado por tratarse de un segundo veredicto, claro y manifiesto en sus términos resultaba de imperativo acatamiento para el juez.

Es verdad que la Corte en una de sus más constantes y reiteradas doctrinas ha venido sosteniendo de manera inmodificable la improcedencia de acudir en procesos que se ventilan con intervención del Jurado de Conciencia o de vocales del consejo de guerra, a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a los elementos constitutivos del delito, o a las circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad de los autores o partícipes, porque dicho procedimiento conduciría a desconocer la razonable libertad de que gozan los jurados o vocales en la valoración de los medios de convicción y llevaría a la Corte, de llegar a aceptar la censura con fundamento en esa causal, a casar el fallo y dictar el sustitutivo, con lo cual se estaría procediendo con desconocimiento del veredicto, e incurriendo, por tanto, en uno de los motivos de casación (arts. 519 y 580, numeral 2° del C. de P. P.).

También ha dicho la corporación, sobre este mismo aspecto, que la imposibilidad de determinar la prueba o pruebas en las que fundaron los jurados el veredicto de condena, pues no tienen obligación de precisarlas, impide la prosperidad del cargo por la potísima razón de que, ignorándose los elementos de juicio en que se basó el Tribunal Popular para emitir su respuesta, resulta imposible establecer cuáles de las pruebas incorporadas al informativo fueron las dejadas de apreciar o las que fueron erróneamente valoradas.

Aparte de lo anterior, y como también lo anota el Procurador, el Tribunal no se apoyó para proferir su fallo solamente en las manifestaciones de los acusados "sino en otras pruebas existentes que demuestran el hecho y la intención de cometerlo que desde oportunidad anterior tenía el procesado, lo cual sustenta la calificación que oportunamente se profirió, la decisión del jurado y las sentencias respectivas, encontrándose demostrada suficientemente la responsabilidad de los acusados".

No prospera el cargo formulado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Penal–, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CAUSAL 4ª DE CASACION NULIDAD. VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO

Cuando se impugna el veredicto, por motivos probatorios, se está contraponiendo un esquema de juzgamiento que no corresponde al de los jurados de conciencia, así se diga que se trata de una nulidad sobre determinados medios de convicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 40 de abril 30/85.

Bogotá, dos de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Se ha recurrido en casación la sentencia pronunciada en contra de José Vicente Gómez Reyes, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (julio 13/84), mediante la cual, y por el delito de homicidio, en su consanguíneo legítimo José Angel María Gómez Reyes, se le impusieron dieciséis (16) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

Presentada en tiempo oportuno la demanda y admitida ésta como ajustada a los requisitos formales de ley, se procede a su definición.

De los hechos y la actuación procesal, se dice con el *a quo* y el Procurador 3° Delegado en lo Penal, lo siguiente:

"...Trata el presente proceso sobre la muerte violenta de José Angel María Gómez Reyes, acaecida en la madrugada del nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), a un lado del camino que conduce a la finca 'El Zapote' vereda de 'Chante Grande', jurisdicción del municipio de Vergara, homicidio causado con arma de fuego (de perdigones), como consecuencia de lo anterior se elaboró el acta de levantamiento del cadáver, por el señor Inspector Municipal de Vergara... Por el hecho doloso anteriormente reseñado, se vinculó como autor de él, al hermano del occiso, José Vicente Gómez Reyes, de las siguientes condiciones personales: hijo

legítimo de Jesús Nicolás y Concepción, nacido en el municipio de Vergara, residente allí mismo en la vereda de 'Chontegrande', de veinticinco años de edad, de estado civil casado con Ana Judith Bermúdez, de profesión jornalero de agricultura, alfabeta con grado de instrucción quinto de primaria, identificado con la cédula de ciudadanía número 3235830 expedida en Vergara (Cund.)" (fl. 15, cuad. 3°).

"Debe agregarse que según las pruebas obtenidas, existía desacuerdo o disgusto del procesado con sus familiares y concretamente con el procesado por la posesión de terrenos y mejoras en los mismos, de propiedad de la familia del occiso y del acusado.

"Efectuado el levantamiento del cadáver por la policía y capturado el procesado por informes de la cónyuge del occiso y de su hermano Tobías Gómez, se inició la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Vergara, recibiéndose las declaraciones de las personas ya citadas e indagatoria al procesado, quien explicó que en el momento de los hechos se encontraba en su casa, dictándose en su contra, después de oídos algunos otros testigos, auto de detención; prosiguió la instrucción con la práctica de otras pruebas, entre éstas reconocimiento en fila de personas al procesado por parte de la única testigo del hecho, cual fue la mujer del occiso Luz Miryam Ramos, con la presencia del procesado quien fue reconocido y cuatro hombres más (fl. 39 v.), es decir, sólo cinco personas; adelantadas otras diligencias y enviado el proceso al juez del conocimiento, comisionó éste para la práctica de otras varias pruebas, entre éstas inspección judicial al lugar de los hechos (reconstrucción) y careo o confrontación del procesado con su hermano Tobías, quien sostuvo sus afirmaciones en contra del procesado; cerrada la investigación por encontrarse perfeccionada, el juzgado de acuerdo con su fiscal, dictó auto de proceder por homicidio agravado por el parentesco contra el acusado; corrido el término probatorio sin que se practicaran pruebas, se efectuó la audiencia; iniciada ésta, se suspendió por petición de uno de los jurados de conciencia; habiendo solicitado el procesado y su defensor se dispusiera la nulidad del proceso, por razón del reconocimiento ya mencionado, efectuado con menos personas de las exigidas por el artículo 408 del C. P. P.

"Reanudada la audiencia, solicitó la fiscalía condena con base en los indicios existentes, los cuales analizó, admitiendo la invalidez de la diligencia de reconocimiento indicada; la defensa, por su parte, también examinó las pruebas para concluir que éstas eran insuficientes para afirmar la responsabilidad del procesado e impugnando, de acuerdo con la fiscalía, la validez de la referida diligencia; y el jurado por unanimidad afirmó la responsabilidad del procesado; con base en esta respuesta, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal mediante el fallo que es objeto del recurso de casación...".

La demanda

Se invoca la causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P. y a su amparo se formula un único cargo. La nulidad se hace consistir en que se quebrantaron las formas propias del juicio al admitirse el reconocimiento del sentenciado por parte de la esposa del occiso, única testigo circunstancial, diligencia que se efectuó con el concurso de apenas cinco personas, violándose así los artículos 407 y 408 del C. de P. P. Tampoco se dio pleno cumplimiento al artículo 335 *ibidem*, que obliga a averiguar

de oficio todo lo que pueda resultar favorable al procesado (arts. 26 C. N., 133, 210 n. 5), de la obra en referencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA

Cuando el censor acude a la mencionada causal pero finca su alegación en la falta de identificación del procesado, incurre en un vicio de técnica que no puede soslayar, así muy inteligentemente trate de perseguir un fin, que le está vedado en la forma como lo plantea y por las modalidades del juicio ante jurados, acudiendo a la crítica de los medios probatorios, especialmente con el relacionado reconocimiento.

Por averiguado se tiene, en esta clase de procesos, que resulta infructuoso buscar la prosperidad de un recurso de esta índole, sobre la base de demeritar los elementos de convicción allegados a la sumaria y seguramente conocidos y tenidos en cuenta por el jurado de conciencia al emitir su veredicto. Esto por múltiples razones que la doctrina ha tenido oportunidad de desarrollar con esmero, viniendo al caso anotar, con suficiente brevedad, que juzgando los integrantes del jurado con base en un convencimiento de conciencia, con plena libertad, no es factible contraponerles reflexiones cerradamente jurídicas; porque, además, no es dable precisar cuáles fueron en definitiva las probanzas que convencieron al jurado para advertir cuáles podían tener mérito y cuáles carecían de eficacia, bastante, para pronunciar una respuesta condenatoria o de absolución; y por último, porque de entrarse a componer el fallo de sustitución, éste vendría a desvincularse del veredicto pronunciado.

De manera que cuando se impugna el veredicto por motivos probatorios, se está contraponiendo un esquema de juzgamiento que no corresponde al de los jurados de conciencia, así se diga que se trata de una nulidad sobre determinados medios de convicción.

De otro lado viene al caso indicar, y así lo destaca el Ministerio Público, que no es dable afirmar que el jurado se hubiera inclinado en su veredicto, sobre la consideración única o prevaleciente del referido reconocimiento. Existen otros motivos indiciarios, no objetados por el censor, que bien pudieron conducir a tal inferencia. Y, resulta obvio, que precediendo una declaración de inexistencia sobre la comentada diligencia, precisamente por contravenir lo dispuesto en los artículos 407 y 408 del C. de P. P., que bien puede mirarse no como defecto con tales características sino de irregularidad muy secundaria, lo más atinado es pensar que el jurado se abstuvo o debió abstenerse de estimar esta prueba. De no, la aportación de una actuación de esta o semejante índole, así siguiera figurando físicamente en el proceso, y a pesar de su declaratoria de inexistencia o de nulidad, vendría a ser tomada como probanza que el jurado leyó, conoció o quiso tener en cuenta para su decisión. Para poder admitir un cuestionamiento de esta naturaleza, tendría que exigirse una respuesta concreta del jurado que hiciera alusión a la prueba así descalificada, puesto que las circunstancias mismas procesales indican más bien su desechamiento y exclusión.

También debe anotarse que, la diligencia de reconocimiento, tal como lo destaca acertadamente la Procuraduría Delegada, carecía de esa importancia o esencialidad que quiere advertirse en ella. Esa identidad no brotaba de tal actuación ni recibía allí su definitiva comprobación, puesto que la declarante conocía suficien-

temente al consanguíneo de su esposo y desde el primer momento se refirió a éste no como una persona que para ella fuera desconocida pero que en la rueda de presos podía señalar, sino que tenía certidumbre sobre la misma, por el trato anterior; sabía de él no sólo en cuanto a su aspecto fisonómico, como sí de sus nombres, actividades, ubicación, etc. Muy superfluo, a los fines de este señalamiento, resultaba esta labor judicial de identificación.

Y, en cuanto a los aspectos favorables que dejaron de practicarse, conviene advertir que el censor, en este aspecto de su demanda, es notoriamente deficiente en indicar los aspectos dejados de lado y la influencia que pudieron tener en el resultado del juzgamiento. Su apreciación es muy personal y no alcanza a advertirse un conculcamiento fundamental o básico del procedimiento, a tal punto que se hubiera puesto en riesgo la definición de la conducta del procesado, o dificultado su defensa. Muy normal se muestra el desarrollo investigativo.

De ahí, entonces, que se desestime el cargo.

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

RESUELVE:

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

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

En el Tratado con los Estados Unidos este fenómeno jurídico es recíproco al quedar comprobado por la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 40 de abril 30/85.

Bogotá, dos de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

En este incidente de extradición, el apoderado de José Santacruz Londoño solicita que se decrete y practique una sola prueba. La pide en los siguientes términos:

"... Que conforme al artículo 188 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, se obtenga y agregue al proceso el texto de la ley o leyes de los Estados Unidos que otorgue jurisdicción extraterritorial a su Magisterio Penal para poder conocer de los delitos cometidos fuera del 'ámbito sometido a su jurisdicción', vale decir fuera de los Estados Unidos...".

SE CONSIDERA

La prueba que se impetra es de conocimiento público. Por su notoriedad no necesita ser decretada por ningún juez o Tribunal del país.

Todos saben que la recíproca extraterritorialidad tanto de la ley penal colombiana en los Estados Unidos como de la estadinense en Colombia con relación a varios delitos y, en especial, con aquellos que entrañan narcotráfico, se encuentra plenamente *consagrada en el Tratado de Extradición suscrito por ambos Estados. Este tratado fue reproducido en su totalidad por la Ley 27 del 3 de noviembre de 1980, aprobatoria del mismo.*

Siendo una ley, no puede ser ignorada por persona alguna en Colombia, pues como reza el aforismo latino: Nemini licet ignorare leges.

Pero, es más, el cambio de ratificaciones de dicho tratado que se verificó el 4 de marzo de 1982, indica a la luz del Derecho Internacional, que su contexto entró a regir desde entonces para los dos países; de consiguiente, también entró en vigor la extraterritorialidad bilateral de las leyes penales de los contratantes en la forma y términos allí convenidos.

En conclusión, por sustracción de materia, la Corte Suprema de Justicia, –Sala Penal–,

RESUELVE:

NO DECRETAR la prueba solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

NULIDAD DE CARACTER CONSTITUCIONAL

Cuando se incurra en notoria violación de las formas propias del juzgamiento o se menoscabe el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 40 de abril 30/85.

Bogotá, dos de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en la cual se condenó a María Edilma López de Zamudio a la pena de tres años de prisión y las correspondientes accesorias, por infracción al Decreto número 1188 de 1974.

HECHOS

Así fueron narrados por el agente del Ministerio Público:

"El 24 de marzo de 1983 fue capturada María Edilma López de Zamudio en su casa de habitación del barrio Carlos Lleras de Fusagasugá, luego de una requisa que con su autorización realizaron las autoridades de policía del lugar en su dormitorio, en donde le encontraron entre uno de los compartimientos de su armario, una bolsa de plástico que contenía yerba en cantidad de 375 gramos, que resultó ser marihuana, la cual era destinada por la mencionada ciudadana a la venta entre prostitutas y jóvenes de los alrededores".

La sustancia decomisada fue enviada al Instituto de Medicina Legal cuyo laboratorio de estupefacientes estableció que se trataba de marihuana y que la cantidad sobrepasaba lo que se conoce como dosis personal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con base en la causal cuarta de casación prevista en el artículo 580 del C. de P. Penal, pide la recurrente que se invalide el fallo acusado, pues, a su juicio, fue dictado dentro de un proceso viciado de nulidad.

Afirma que dentro del proceso que se adelantó contra su representada, se omitió dar cumplimiento al mandato del artículo 70 del Estatuto Nacional de Estupefacientes que dispone que: "Cuando la Policía Judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra sustancia que produzca dependencia física o síquica, realizará sobre ella inmediatamente identificación pericial; precisará su cantidad y peso; señalará el nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquiera otra circunstancia útil a la investigación, todo mediante acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del Ministerio Público".

Estima que esta omisión vulneró las formas propias del juicio, lo que constituye nulidad supralegal, de modo que solicita que la sentencia sea casada.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra que la demanda presentada no tiene asidero legal ni fáctico pues la peritación sobre la sustancia incautada se realizó por la dependencia oficial técnica encargada de ello, con los resultados conocidos que no fueron discutidos por la procesada o su apoderado. Además, producido el decomiso, la actuación fue remitida a la jurisdicción penal que fue la que ordenó el examen pericial de la sustancia, de modo que el argumento central de la demanda no pasa de ser una personal apreciación de la recurrente, sin incidencia alguna en el proceso. Pide, por lo tanto, que no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

Adviértese, en primer término, que la incautación de la sustancia hallada en poder de la condenada, obedeció a que un inspector de policía había dado orden de registro de una residencia por cuanto se tenían noticias de que allí se guardaban objetos hurtados. Los objetos buscados no fueron encontrados, pero en cambio fue descubierto un paquete con marihuana, tal como se acreditó con el experticio del Instituto de Medicina Legal. Los agentes que practicaron el decomiso no formaban parte de la Policía Judicial pero actuaron con fundamento en la previsión del artículo 288 del C. de P. Penal.

Practicado el decomiso de la sustancia que la procesada no negó que se hallara en su poder, los agentes de la policía que estimaron que podría ser marihuana, rindieron un informe con indicación de la persona que la poseía a la vez que señalaron que tenía un peso aproximado de 375 gramos. Posteriormente, las diligencias fueron enviadas a la correspondiente autoridad judicial.

Es verdad que no se dio estricto cumplimiento al mandato del artículo 70 del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto número 1188 de 1974), que ante todo busca establecer la naturaleza y cantidad de la droga o sustancia incautada y la identificación de la persona en cuyo poder se halle; no obstante, es lo cierto que esos fines se cumplieron a cabalidad con el informe rendido por dichos agentes y por el posterior reconocimiento que sobre la droga practicó el Instituto de Medicina Legal,

de suerte que la alegada violación de las formas propias del juzgamiento no pasa de ser una intrascendente informalidad que en manera alguna cercenó el derecho de defensa.

Repetidamente ha dicho la Sala que no toda informalidad que se presente en la tramitación de un proceso constituye nulidad de carácter constitucional; sólo cuando se incurra en notoria violación de las formas propias del juzgamiento de modo que con ella se lesione en forma grave la estructura del proceso, o cuando el desconocimiento de dichas formas suponga menoscabo del derecho de defensa, se habrá incurrido en nulidad de carácter jurisprudencial. En los demás casos se estará ante una irregularidad que por su escasa trascendencia no puede conducir a que se desconozca la validez de la actuación procesal y, por lo tanto, a que se decrete la nulidad.

No prospera, en consecuencia, el cargo presentado porque la informalidad alegada no es de aquellas que supongan la ruptura del esquema procesal ni con ella se limitó o impidió el normal ejercicio de la defensa, de modo que no se incurrió en la nulidad constitucional alegada, pues de todos modos en el proceso se dio cumplimiento, por otros medios, a los fines perseguidos por la disposición procesal citada por la recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, –Sala de Casación Penal–, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

PREVARICATO
PARTE CIVIL. PERSONERIA

Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro, bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 044.

Bogotá, D.E., mayo quince (15) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual se rechazó la demanda de constitución de parte civil, presentada por el doctor Luis Carlos Castañeda Castillo en representación del señor Angel Altamar Castro.

RESULTANDOS

1° Altamar Castro denunció penalmente al ex-Juez 7° Penal Municipal de Barranquilla, doctor Aurelio Ospino Barrios, por cuanto éste, en un proceso penal por lesiones personales de las que aquél había sido víctima se negó, mediante auto de sustanciación, a decretar el embargo y secuestro de bienes de los procesados que estaban en detención preventiva, con los argumentos de que el peticionario "no aportó la prueba que demostrara que el sindicado en mención es el propietario de dichos bienes" y "tampoco señaló el valor de dichos bienes".

2° Ante dicha denuncia, la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla dictó auto inhibitorio. Pero al conocer esta corporación, por vía de apelación de tal determinación, estimó que existían "sobrados motivos" para ordenar la apertura de investigación penal y así se dispuso.

3° En el proceso penal en esa forma iniciado, Altamar Castro ha pretendido constituirse en parte civil mediante apoderado, el cual presentó la correspondiente demanda que satisface las exigencias formales del artículo 127 C. de P. P.

4° La misma Sala de Decisión Penal del Tribunal de Barranquilla rechazó tal demanda por supuesta ilegalidad de la personería del demandante y en respaldo de ese pronunciamiento adujo que "no se ve de qué manera se haya perjudicado el patrimonio o los intereses de la presunta víctima al denunciar por prevaricato. El daño o perjuicio para constituirse en parte civil debe ser directo e inmediato. No puede considerarse en este asunto como persona perjudicada al denunciante por el delito por el cual denuncia al funcionario".

5° Contra dicha determinación, como ya se sabe, el apoderado de Altamar Castro interpuso oportunamente recurso de apelación y lo sustentó en esencia con el argumento de que la actuación del ex-Juez Ospino Barrios impidió "adelantar las diligencias que se dirigían al embargo y secuestro de los bienes del sindicado, para garantizar el pago de los perjuicios ocasionados a la víctima de las lesiones personales, que en este caso es el señor Angel Altamar Castro".

6° El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con base en consideraciones semejantes a las expuestas por el recurrente ha solicitado que se revoque el auto apelado y en su lugar se admita la constitución de parte civil.

CONSIDERANDOS

1° *El delito de Prevaricato por el cual se procede afecta, en principio, un interés jurídico cuyo titular es el Estado, a saber: la administración pública. Mas, nada impide que la conducta del sujeto activo de ese hecho punible haya también lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el Prevaricato asume entonces las características de delito pluriofensivo.*

2° *El artículo 125 C. de P. P. no limita la posibilidad de constituirse en parte civil al titular del más importante de los intereses jurídicos afectados con el delito, sino que la extiende a todas las personas naturales o jurídicas e incluso a sus sucesores, que hubiesen recibido perjuicio derivado de la comisión de un hecho punible.*

3° *En el evento subjudice tiénese que el comportamiento del ex-Juez Ospino Barrios, al margen de la lesión a la administración pública que haya producido, ostensiblemente, ocasionó también perjuicios a Altamar Castro, como quiera que éste precisamente por las determinaciones del mencionado funcionario no pudo ejercitar su derecho legal de que se le garantizara el pago de los daños recibidos por las lesiones personales de que fuera víctima.*

4° Bastan las precedentes consideraciones para concluir que la providencia recurrida ha de ser revocada.

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

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado y en su lugar RECONOCER al señor Angel Altamar Castro como Parte Civil en este proceso y al doctor Luis Carlos Castañeda Castillo como su apoderado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

1° SUSTENTACION DEL RECURSO

Es defender o sostener determinada opinión.

2° PERMISO REMUNERADO

La importancia del servicio prestado por la Rama Jurisdiccional y la existencia de términos perentorios de imperativo cumplimiento, llevan a concluir que el permiso de tres o cinco días no puede prolongarse por ninguna razón o circunstancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 44.

Bogotá, dieciséis (16) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

En auto del 27 de febrero de 1984 el Tribunal del Distrito Judicial de Quibdó, por medio de su Sala de Decisión Penal, abrió causa criminal por el delito de abandono del cargo, contra el doctor Benjamín Hoyos Peñaloza en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de Unguía.

El auto fue oportunamente apelado y sustentado por el defensor del encausado.

Tramitada la segunda instancia se escuchó el concepto del Procurador 2° Delegado en lo Penal, quien solicitó a la Sala se abstenga de conocer del recurso por no haber sido adecuadamente sustentado.

RESULTANDO

El encausado señor Benjamín Hoyos Peñaloza se desempeñó como Juez Promiscuo Municipal de Unguía, entre el 1° de marzo y el 26 de julio de 1981. En este ejercicio se le concedió permiso remunerado de tres (3) días, más la distancia, a partir del 8 de julio de 1981, se reintegró a sus funciones el día 25 del mismo mes y el 26 renunció a su cargo; se designó para sucederlo al señor Francisco Moncada Zapata y mientras éste se posesionaba se encargó al secretario Francisco García, quien tomó posesión el 14 de agosto de 1981, pero debe advertirse que el juez encausado no hizo

entrega de su despacho porque había abandonado el cargo desde el 26 de julio y es por este motivo por el que se le imputa el delito de abando del cargo.

El encausado planteó como coartada defensiva el haber temido por su vida, pues había sido amenazado, presentando como testigo de tal aserto a Nelson Marino Copete, quien al testimoniar dice haber escuchado decir a un desconocido, que cuando el juez regresara del permiso le pedirían una marihuana que estaba decomisada y lo atacarían, pero que el juez igualmente le comentó la existencia de las amenazas de que era objeto.

El secretario sostuvo haber escuchado comentarios callejeros de que el juez había sido amenazado de muerte y que éste le comentó haber sido "boleteado", es decir que había recibido amenazas contra su vida.

El concepto del Minsterio Público

El Procurador 2° Delegado en lo Penal solicita a la Sala se abstenga de conocer el recurso, porque considera:

"... Las anteriores consideraciones del profesional en ninguna forma constituyen un análisis crítico de la providencia objeto de impugnación. El memorial presentado por el recurrente no contiene en forma explícita las razones de hecho o de derecho que originaron su inconformidad, puesto que se limita a enunciar una serie de circunstancias que en su criterio determinaron el comportamiento del juez acusado. Merece destacarse que el Tribunal de Instancia expresamente consideró la anterior situación puesto que ella fue planteada por el sindicado desde el comienzo de la investigación, sin que ahora en el pretendido escrito de sustentación sufra variación o modificación alguna ...".

"... Para esta Procuraduría Delegada no constituye sustentación adecuada del recurso el empleo de frases o expresiones por medio de las cuales se consigna un desacuerdo genérico con la decisión pronunciada, ya que allí debe manifestarse claramente las razones de la discrepancia con el juzgador, realizándose expresa referencia a los aspectos que deben ser materia de reforma o revocatoria ...".

Consideraciones de la Sala

No comparte la Sala las argumentaciones presentadas por el señor Procurador 2° Delegado en lo Penal, pues *la norma procesal que consagra la obligación de sustentar el recurso de apelación, lo hace limitándose a sostener que "deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente" sin hacer especificaciones relacionadas con las formalidades con las que debe ser sustentado.*

El Diccionario de la Academia define el verbo rector de la norma procesal analizada en la acepción que interesa como "defender o sostener determinada opinión". Cuando el recurrente justifica la conducta de su poderdante por haber abandonado el cargo por las amenazas de muerte, precisamente está sustentando la impugnación interpuesta y el hecho de que la tesis propuesta haya sido rechazada por el funcionario de primera instancia, no es presupuesto para que también lo sea por el de segunda; por el contrario, en la segunda instancia el recurrente puede alegar nuevos hechos o argumentos no planteados en primera o bien insistir en los razonamientos

planteados en la primera, con la esperanza de que le sean aceptados por la superioridad, ante el convencimiento de que quien tomó la primera decisión mal interpretó o desconoció los hechos o las normas aplicables a la conducta que es motivo de juzgamiento. La pretensión del Delegado en lo Penal llevaría a conclusiones restrictivas inaceptables, esto es, admitir que si una determinada situación fáctica o jurídica considerada en la primera instancia deba ser necesariamente acertada y por tanto no pueda alegarse nuevamente en la segunda. Por el contrario, la segunda instancia está consagrada para que el juez —individual o colegiado— revise integralmente la decisión del funcionario de inferior categoría, con la posibilidad legal, de confirmar, reformar, adicionar, aclarar o revocarla, sin que exista obstáculo legal que impida se consideren las mismas circunstancias de hecho o de derecho que fueron analizadas por el a quo, *o bien se consideren unas nuevas. Aceptar la pretensión del señor Procurador Delegado en lo Penal sería restringir jurisprudencialmente el alcance y contenido de la segunda instancia, pretensión completamente inadmisible, porque se lesionaría gravemente la Carta Política en cuanto a la consagración del derecho de defensa; y el numeral 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por la Ley 74 de 1968 que consagra el principio de las dos instancias, que como bien se sabe, es el derecho de los procesados para que su proceso sea examinado sucesivamente por dos jueces de diferente categoría, porque la finalidad es controlar por juez de superior categoría lo resuelto por el inferior, con miras a mantener la legalidad, veracidad y justicia de las decisiones adoptadas por éste.*

Al discrepar la Sala, sustancialmente de los argumentos que en tal sentido expresó su colaborador fiscal, entrará a conocer del recurso, oportuna y legalmente sustentado por el impugnante.

Antes de entrar a considerar la situación de fondo que se debate en este proceso *la Sala debe pronunciarse respecto de la interpretación de las normas que regulan los permisos remunerados en favor de los jueces, conjugadas en este caso, con el correr de los términos judiciales teniendo en cuenta el concepto del "término de la distancia".*

El término de la distancia estaba previsto en el artículo 373 del derogado Código de Procedimiento Civil (Ley 106 de 1931) que disponía: "El término de la distancia se calcula a razón de un día por cada tres miriámetros".

El Decreto número 1660 de 1974, reglamentario del Decreto número 250 de 1971, dispone la concesión de tres días de permiso remunerado mensual a los jueces y de cinco días para los magistrados, pero ni las disposiciones antes transcritas, ni el vigente Código de Procedimiento Civil, hacen relación en sus disposiciones al término de la distancia. Podría decirse, por lo menos en relación al segundo estatuto mencionado, que la omisión es grave e injustificada, porque si bien es cierto que el desarrollo tecnológico de los medios de comunicación convierte en un arcaísmo "el término de la distancia", también lo es, que la realidad geográfica demuestra la existencia de dos Colombias, una a la que llegan todos los adelantos característicos del mundo contemporáneo y otra, bien alejada de la primera, estacionada en su desarrollo desde el propio descubrimiento; en tales condiciones los términos judiciales han debido tener en cuenta tan diverso desarrollo tecnológico en estos sectores y entrar a considerar el término de la distancia para los mismos, por ausencia de un medio de comunicación moderno o cuando existe alguno de ellos —la aviación por ejemplo— su periodicidad es ocasional

o esporádica; pero si la anterior crítica se puede formular en relación con el Código de Procedimiento Civil no es aceptable igualmente en cuanto al estatuto orgánico del empleado judicial al consagrar razonablemente permisos mensuales remunerados. Están previstos de manera especial, por la existencia de calamidad doméstica o de excepcionales circunstancias personales que hacen imperiosa la necesidad del permiso, siempre y cuando el servicio público no sufra desmedro con el goce de tales prebendas; si se reconoce la existencia de regiones ajenas a los adelantos tecnológicos, también se ha de reconocer que aún en esos lugares el servicio de administrar justicia, es el más importante de todos los servicios públicos que el Estado garantiza a sus súbditos, sin que se justifiquen demoras o suspensiones, porque los funcionarios que conceden el permiso o quienes lo disfrutan puedan tener la errada convicción que a los tres o cinco días previstos legalmente, deban agregarse los de la distancia y eso fue lo sucedido en este proceso, si se atiende a los hechos consignados en este expediente. Si en esos sitios, unidos a las ciudades capitales sólo por la tracción animal o por una rudimentaria navegación de nuestros ríos, el término de los tres o cinco días podría llegar a convertirse en varias semanas, si se tiene en cuenta el término de la distancia a razón de (30 kilómetros) por día: que podría significar el abandono total o permanente del despacho judicial y si a esto se agrega que los funcionarios que tienen derecho a disfrutarlo o a concederlo, mal interpretan las normas, teniéndola como un derecho consagrado que necesariamente debe gozarse mensualmente, daría lugar a que un juez de esos alejados lugares de la República, podría encontrarse la mayor parte del año laborable en el goce de los permisos remunerados.

Existe constancia que el Alcalde Municipal de Unguía concedió al procesado, permiso por tres días, más la distancia, situación que lleva al juzgador de primera instancia a concluir que si el permiso de tres días fue a partir del 8 de julio de 1981 y "teniendo en cuenta la distancia existente entre esa cabecera municipal y la capital del departamento del Chocó, en gracia de discusión, tal retorno máximo debió hacerse para el día 15 ..." es decir, que el término de inasistencia y de suspensión del servicio público de administrar justicia se convirtió por gracia del término de la distancia en siete días.

La importancia del servicio prestado por la Rama Jurisdiccional, y la existencia de términos perentorios de imperativo cumplimiento (como los que hacen referencia a la libertad), llevan a concluir que el permiso de tres o cinco días no puede prolongarse por ninguna razón o circunstancia.

Los Decretos números 250 de 1970 y 1660 de 1978 contienen normas especiales y no es aplicable para efectos de los permisos el término de la distancia.

El cuerpo del delito de abandono del cargo, así como la responsabilidad del procesado se encuentran demostrados por múltiples pruebas, como el acuerdo de nombramiento (fl. 11); constancia del Tribunal de Quibdó de no haber otorgado licencia al procesado (fl. 12) oficio del visitador administrativo, firmado el 6 de agosto de 1981 mediante el cual se informa que el juzgado se encuentra acéfalo (fl. 15); acta de posesión (fl. 18); constancia de cobro de sueldos por parte del procesado desde el 1° de marzo hasta el 3 de agosto (fl. 99); inspección judicial efectuada al Juzgado de Unguía, mediante la que se constató que entre el 26 de julio y el 16 de agosto no se realizó ninguna gestión en los procesos existentes en ese juzgado (fl. 100).

La coartada que presentó el procesado en el momento de su indagatoria no está demostrada y aunque así hubiera sucedido, no sería aceptable como justificante de la conducta delictiva que se le imputa, Francisco García, secretario del procesado, acepta haber escuchado comentarios callejeros respecto de las amenazas y afirma que el juez se lo comentó; Nelson Marino Copete acepta haber escuchado que a raíz del decomiso de una marihuana iban a aprovechar para atacarlo, y lo puso en conocimiento del interesado, dándose cuenta por comentarios de éste que le habían enviado una carta amenazante.

Considera la Corte que la existencia de dos testigos corroborantes de la coartada presentada por el procesado, no demuestran que realmente el juez de Unguía estuviese en peligro de muerte para justificar en un momento determinado el abandono del cargo y en el hipotético caso que hubiere sido cierto, lo lógico era que hubiera buscado la protección de las autoridades policivas de la localidad.

En los momentos que vive la nación, aceptar como excusa para el abandono del cargo la existencia de reales o imaginarias amenazas contra un funcionario, sería autorizar a los demás funcionarios que hiciesen lo mismo, ante la crisis de inseguridad por la que se atraviesa. Toda persona en el momento de escoger una determinada profesión, ocupación u oficio está aceptando indirectamente los riesgos que comparte y lamentablemente el oficio de juez entraña graves riesgos; pero la existencia de tan reconocidos peligros no justifica que teniéndose la posibilidad de renunciar para evitar los peligros que no se desean enfrentar, y aún así la sola presentación de la renuncia no es suficiente, porque ella debe ser aceptada y hacer entrega del despacho a quien haya de reemplazarlo.

Está probada la existencia del delito, pues se demostró la calidad de empleado oficial del procesado en el momento de la comisión del hecho delictivo; se ha rechazado la causal de justificación invocada por el encausado y su conducta ocasionó grave daño a la administración pública, puesto que la vacancia del despacho judicial; dejó sin este vital servicio público a los habitantes del municipio de Unguía.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirma el auto de proceder recurrido.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

NULIDAD

No constituye nulidad la circunstancia de que alguno de los sujetos procesales entregue a los miembros del jurado piezas del proceso o toda su actuación, ni tampoco que en la audiencia pública se decrete un "receso".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 50 de mayo 29/85.

Bogotá, treinta de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en sentencia de junio doce del año inmediatamente anterior, confirmó en todas y cada una de sus partes la proferida por el Juzgado 1° Superior de esa ciudad en cuyo texto se condenó al procesado Martín Blanco Muñoz por el delito de homicidio y en su calidad de autor responsable a la pena de diez años de prisión, acogiendo así el segundo veredicto del jurado de conciencia luego de desechar una nulidad propuesta por el señor defensor del acusado.

HECHOS

Los que generaron el proceso se encuentran historiados a lo largo del mismo y dicen relación con la muerte de Moisés Carrero ocurrida en las horas de la noche del 14 de mayo de 1982 en el municipio de "El Cocuy" a manos de Martín Blanco y luego de que éste le hiciera dos disparos de arma de fuego que interesaron sitios vitales de su hamanidad que le determinaron lesiones en el lóbulo medio del pulmón derecho y en los vasos subclavios, a consecuencia de lo cual falleció finalmente por anemia aguda.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado 17 de Instrucción Criminal radicado en El Cocuy, en mayo 17 de 1982, dispuso la apertura del ciclo instructorio y posteriormente escuchó en indagatoria al procesado, decretó su detención preventiva y practicó varias diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

El Juzgado 1° Superior de Santa Rosa de Viterbo el 24 de noviembre del mismo año, dictó auto de proceder contra Martín Blanco Muñoz por el delito de homicidio

en la persona de Moisés Carrero y, luego de los trámites pertinentes llevó a cabo la diligencia de audiencia pública en cuya primera oportunidad se declaró contrario a la evidencia de los hechos el fallo del tribunal popular que los circunscribió a un delito de homicidio culposo.

En desarrollo de la segunda audiencia, en la cual, el jurado de conciencia respondió afirmativamente el cuestionario que se le presentó por el delito de homicidio intencional, el agente del Ministerio Público antes de cumplir con su intervención solicitó un receso hasta el día siguiente por razones de salud el que fue atendido favorablemente por el presidente del debate, haciendo constar que para ello contó con la adquiescencia de todos y cada uno de los intervinientes, entre ellos, el señor defensor. Además, se aclaró que para dicho momento procesal, el agente fiscal entregó a los jurados algunas copias relacionadas con la causa que contenían providencias del juzgado y del Tribunal, la necropsia y algunos gráficos.

Reanudada la audiencia y proferido veredicto afirmativo, el juzgado del conocimiento dictó sentencia de condena que mereció confirmación integral por parte del Tribunal.

La demanda de casación

El representante judicial del condenado, por la vía de la causal 4ª del artículo 580 del C. de P. Penal, propone los siguientes cargos:

Primero. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, pues si se trata de una diligencia oral no se entiende cómo en el desarrollo de la misma se permitió a la fiscalía que presentara documentos "así fueran del proceso", con lo cual se desvirtúa tal naturaleza del juzgamiento y se violan de la misma manera las formas propias del juicio, pues tales pruebas "secretas", no fueron leídas ni controvertidas.

Segundo. Que el receso de la audiencia concedido por el supremo directo de la misma, no se avino a las disposiciones legales sobre la materia, pues si se concedió por enfermedad del agente del Ministerio Público ha debido recurrirse al aplazamiento previsto en el artículo 506 del ordenamiento procedimental penal y no como se efectuó con un lapso de un día (art. 563 *ibidem*), con lo que, se vulneró el debido proceso.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que los reparos formulados por el casacionista deben desestimarse pues los aspectos planteados carecen de la virtualidad que les otorga el actor.

No debe prosperar el primer cargo, pues "los documentos que el demandante califica de 'secretos' y que el fiscal entregó en presencia de los intervinientes en el debate a los miembros del jurado, eran suficientemente conocidos por el defensor, pues hacían parte del proceso y él, teniendo oportunidad de hacerlo no se refirió en su intervención para refutarlos o rechazarlos".

Tampoco el segundo cargo, pues, "dentro de las facultades que el artículo 512 del C. de P. Penal otorga al juez para la dirección de la audiencia pública; está, desde

luego, la de decretar oficiosamente o a solicitud de parte, recesos por un término prudencial que, en los juicios con intervención de jurado de conciencia no puede exceder de dos días (art. 563 *ibidem*)". Que a tales preceptos se acomodó la determinación del juez, cuando, por quebrantos en la salud del representante de la fiscalía ante su despacho y con la aquiescencia del defensor, entre otras personas, se decidió favorablemente la solicitud de receso pedido por aquél.

Consideraciones de la Corte

Son atendibles los razonamientos que hace el Ministerio Público para solicitar de la Sala que se desatiendan los reparos que a la sentencia formula el representante judicial del condenado Martín Blanco.

El primer reproche que se formula a la sentencia carece de real importancia y no se acomoda a la realidad objetiva del proceso. Ninguna prueba secreta fue aportada por la fiscalía del Juzgado Superior dentro de la audiencia pública y que el actor relaciona como fundamento de sus afirmaciones. Por el contrario, el acta que recoge el juzgamiento deja ver con claridad, como lo hacen actuaciones del funcionario de instancia, que los documentos presentados por el Ministerio Público a los integrantes del jurado de conciencia, constituían ilustraciones sacadas del expediente y que por lo tanto representaban fiel y exacto desarrollo de la verdad procesal destinadas a facilitar la labor de los jueces populares, actividad que, en nada contradice el principio de oralidad que rige esta clase de diligencias y sí se levanta como legítimo mecanismo de los sujetos procesales en búsqueda de la verdad real. Carece de todo sentido así mismo, alegar la no publicidad e imposibilidad de contradicción de tales medios de convicción como generadores de nulidad por violación del derecho de defensa, pues, siendo suficientemente conocidos por el demandante no fueron objeto del más mínimo reparo por parte del mismo durante las sesiones en que tuvo permanente y amplia participación.

En manera alguna representa atentado contra el principio de la oralidad que rige la audiencia pública, la circunstancia de que alguno de los sujetos procesales entregue a los miembros del jurado piezas del proceso o toda la actuación procesal, pues dichos elementos de convicción no son secretos y, antes por el contrario, deben ser conocidos en su integridad para ser evaluados con mayor posibilidad de acierto. Es bien sabido que por mandato del artículo 549 del C. de P. Penal, a los jurados debe hacerse entrega de copia del auto de proceder, empero, ello no significa que su conocimiento deba limitarse a esto, pues lo ideal sería que dispusieran de la totalidad de la actuación a fin de dar una respuesta ajustada a la verdad y a los imperativos de la justicia.

El segundo reparo con el que también se afirma que el fallo se profirió en juicio viciado de nulidad constitucional, debe ser de la misma manera desestimado por la Sala, pues el receso decretado por el juez ante la enfermedad del representante de la fiscalía antes que violatorio del debido proceso, constituye el legítimo cumplimiento de las amplias facultades que el legislador le asigna al juez como supremo director de la audiencia pública, e inequívoca manifestación del titular del órgano judicial dirigida a preservar con plenitud los intereses de las partes.

En el caso que ahora se examina, no se trataba de un aplazamiento de la audiencia pública regulado por el artículo 506 del C. de P. Penal, sino de un simple receso solicitado por el agente del Ministerio Público en razón de una pasajera indisposición que lo aquejaba, que perfectamente podía ser ordenado por el juez dentro del cabal ejercicio de los poderes de dirección de la audiencia que le confiere la ley (art. 512 ibidem*). Además, la audiencia se reanudó al siguiente día, dando con ello cumplimiento exacto a la previsión del artículo 563 del ordenamiento citado, por manera que no es dable suponer, siquiera, la presencia de una informalidad y con menor razón de un motivo de nulidad.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema, –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 de junio 12 de 1984 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en la causa adelantada contra Martín Blanco Muñoz por el delito del homicidio en la persona de Moisés Carrero.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

La anterior no suscribe el honorable Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía por hallarse con permiso.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CAUSAL PRIMERA
VIOLACION INDIRECTA
ERROR DE HECHO

No basta que exista el error de hecho; es necesario demostrarlo en su totalidad ontológica y en los efectos jurídicos que le son propios.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 53 de junio 5/85.

Bogotá, cinco de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

Vistos

El Juzgado 3° Superior de Ibagué (Tolima), mediante fallo de diecisiete (17) de enero de 1984 (fl. 217 y ss.), condenó a Argemiro Guzmán Ortiz a la pena principal de catorce (14) meses de prisión, a las penas accesorias correspondientes, a la indemnización —en abstracto— de los perjuicios ocasionados y concedió en su favor el beneficio de la condena de ejecución condicional como autor responsable del delito de falsedad en documento privado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, con sentencia de veintiséis (26) de abril de 1984 (fl. 251 y ss.), confirmó en todas su partes la decisión anterior.

Contra esta última resolución se interpuso recurso extraordinario de casación el cual fue admitido por esta Sala en julio diez (10) del citado año. La demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades del artículo 576 del C. de P. P. el diecisiete (17) de septiembre del mismo año. Se procede, ahora, a la definición de fondo.

Hechos y actuación procesal

Se transcribe lo consignado por el Procurador 3° Delegado para lo Penal:

"Se expresó en la sentencia del Tribunal y del juzgado en cuanto a los hechos, lo siguiente que se transcribe:

"... Este proceso fue iniciado con fundamento en la denuncia que el diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta formuló el señor Hernán Garzón Prieto en contra de Argemiro Guzmán Ortiz, diciendo que el día catorce de los mismos, en el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué, le fue notificado mandamiento ejecutivo por la suma de cuatro mil doscientos sesenta pesos ($4.260.00), con base en una letra de cambio proveniente de una negociación realizada en el año de mil novecientos setenta y siete, que para su efectividad aparece endosada a Guzmán Ortiz y que aparece alterada en el último dígito correspondiente al año con la finalidad de hacerlo aparecer con fecha de vencimiento en 'el año de 1978' y evitar 'la caducidad del documento'. Agrega en ampliaciones posteriores, que sospecha de Argemiro, porque fue la persona que instauró la acción civil y porque como viejo 'litigante' debía saber las consecuencias que se derivan de recibir un documento adulterado y por lo mismo cobrarlo, menos por todo su valor teniendo en cuenta que aunque es verdad que firmó el instrumento, es también cierto que había hecho repetidos abonos a su beneficiaria, adeudando apenas un 'saldo'; y que el propio denunciado al tener conocimiento que había formulado denuncia, le dijo que 'no presentara más declaraciones' que 'él presentaría el desistimiento' de la ejecución iniciada, acuerdo al que efectivamente llegaron, aceptando el exponente el desistimiento ante el funcionario civil (fls. 1., fte. y vt. 8 ft. a 9 vt., 32 fte., y 52 a 53 ft.)".

"Al proceso se trajo el original de la letra de cambio, que aparece sin fecha de suscripción de la misma pero pagadera el día 21 de marzo de 1978, por la suma de cuatro mil doscientos cincuenta pesos ($4.250.00), a la orden de Silvia R. de Conde y a cargo del señor Hernán Garzón, quien la firma al reverso aceptándola; título valor que aparece endosado 'por igual valor recibido a favor del señor Argemiro Guzmán Ortiz' (fl. 67 ft.) ..." (fl. 251, cuad. 1°).

"Recibida la denuncia y oído el denunciante en ampliación, se abrió investigación por el Juzgado Primero de Instrucción de Ibagué, el cual dispuso la práctica de las pruebas necesarias, entre éstas el dictamen grafológico rendido por la Policía Judicial examinado el documento alterado con las siguientes conclusiones:

"... 1° La letra de cambio fue adulterada en la fecha. 2° El número escrito anterior u originalmente fue el '79' y no el '78'. 3° El dígito adulterado por medios de rasgos colocados a '*posteriori*' fue el '9', para darle la apariencia de un '8'. Adjunto dos macrofotografías tomadas a la letra de cambio, en detalle de la fecha correspondiente al año, donde se ilustran y explican el orden en los trazos de los dígitos..." (fl. 28).

"Cumplidas algunas diligencias se oyó en indagatoria al acusado, quien expresó que la letra la presentó tal como la recibió, llegó a un acuerdo con el deudor, la tuvo algún tiempo en su poder recibida de Silvia de Conde, considera extraño que presente adulteración y dice que como el denunciante obtuvo copia del documento, él mismo por perjudicarlo pudo tomar copia y adulterarla para luego devolverla al juzgado; se pregunta que si debía el denunciante, por qué aceptó el arreglo; aparece ampliación de este último y dice que la letra no la llenó él, aunque sí estaba escrita, el negocio lo hizo con Silvia R. de Conde, cuando se notificó del auto ejecutivo advirtió la alteración y pidió que se le permitiera tomar copia y después llegó a acuerdo con el sindicado; se recibieron otras pruebas y entre éstas, la declaración de la mencionada Silvia Ricardo de Conde quien se refirió a la venta que hizo a Garzón de algunas

alhajas, le firmó una letra para el pago, sobre la cual hizo algunos abonos, pagadera en 1979; Miguel Angel Conde, cónyuge de la anterior, quien llenó o escribió el documento, dice que su vencimiento era de 21 de marzo de 1979 y no tenía enmendaduras.

"Enviado el proceso al juez del conocimiento, se decretaron otras pruebas, entre éstas, se allegó copia del escrito de desistimiento en el proceso ejecutivo y dictamen que rindió el laboratorio de grafología del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, con el siguiente resultado:

"... Del estudio analítico comparativo efectuado a las grafías que contiene la letra de cambio motivo de la experticia, se dirá que ésta sufrió adulteración por adición sobre el último dígito que especifica el año que era un '0' para convertirlo en ocho después de haber trazado un nueve primeramente; es decir que trataron primero de efectuar un nueve (9) pero éste no se apreciaba correctamente, entonces decidieron efectuar el ocho (8) con una tinta similar, pero que se aprecian diferencias entre éstos a través de la lámpara, con luz ultravioleta se observan las diferencias en sus tintas de acuerdo con el espectro lumínico de la composición de sus colores, esta adición la hizo otra persona diferente a quien elaboró los demás manuscritos que llenan la letra de cambio. En consecuencia de lo antes expuesto se acredita que la letra de cambio sufrió adulteración por medio de adición de trazos sobre el último dígito que especifica el año, por lo analizado anteriormente..." (fl. 69, cuad. 1°).

"Solicitada por el apoderado del sindicado la aplicación del artículo 163 del C. P. P. por no haber cometido el hecho el acusado, se negó por el juzgado de acuerdo con el Ministerio Público; oídas las empleadas del juzgado, expresaron que Garzón solicitó se le diera fotocopia de la letra, la cual se hizo con intervención de una de ellas, cuando se notificó del auto ejecutivo; cerrada la investigación por estimarla perfeccionada, el juzgado del conocimiento de acuerdo con la fiscalía sobreseyó temporalmente al procesado ordenándose practicar careo entre Silvia de Conde y Argemiro Conde con el procesado, en cuanto al estado en que el segundo recibió el documento y en cuanto a los abonos, habiendo ejecutado no obstante por la totalidad y otras pruebas, sosteniendo en dicho careo cada uno de los intervinientes, sus correspondientes versiones.

"Cerrada nuevamente la investigación, el Juzgado Superior, de acuerdo con su fiscal, dictó auto de enjuiciamiento contra el procesado por falsedad en documento privado, concediéndosele libertad provisional por reunir los requisitos para condena condicional; apelada esta providencia y emitido concepto favorable a la confirmación por la fiscalía del Tribunal, el procesado desistió del recurso; dentro del término probatorio del juicio se pidieron pruebas que fueron decretadas; en la audiencia, solicitó el Ministerio Público sentencia condenatoria y la defensa, absolución por las dudas existentes por contradicción entre los dictámenes por no ser admisibles las declaraciones de los cónyuges Conde y porque los otros indicios resultan equívocos; dictada la sentencia de primera instancia, el Tribunal oídas las alegaciones del defensor que fueron sustancialmente las mismas mencionadas, dictó la sentencia de segunda instancia, objeto del recurso de casación".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Realiza, previamente, el señor defensor una reseña de los hechos y una breve referencia a la actuación procesal. Y, con fundamento en la causal primera, impugna la sentencia por ser ella "violatoria de la ley sustancial por Violación Indirecta, por interpretación falsa o Falso Juicio de Identidad".

Al enunciar el cargo, que anota como primero, dice el actor:

"... Incurrió el Tribunal en un error de hecho y violó la ley sustancial al apreciar la prueba de la existencia del cuerpo del delito porque la consideró demostrada sin que obre en el proceso la prueba plena o completa de su ocurrencia ..." (En el texto con mayúsculas).

Se viola así –dice– el artículo 215 del C. de P. P. que exige la plena prueba del cuerpo del delito, y el artículo 310 de la misma obra, al disponer que él está constituido por los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal y el artículo 26 de la Constitución Nacional, sobre garantías del debido proceso.

Para la existencia del delito de falsedad se exige el dolo. "La falta de tal elemento hace inexistente la infracción como cuando la alteración se ejercita sin intención de falsear o verbigracia por corrección de buena fe, de error cometido sobre el título presuntamente alterado. Ello es lo que ha ocurrido en el de autos por lo que en consecuencia no aparece demostrada la plena prueba del cuerpo del delito". Que, a tal conclusión se llega, después de analizar los experticios grafológicos y demás pruebas recaudadas. "Tal análisis nos demuestra que lo que se produjo fue una repisada o corrección de un error cometido en la fecha de cumplimiento de la obligación, corrección que se hizo de buena fe para no tener que cambiar el documento contentivo del crédito a cargo de Hernán Garzón".

El dictamen de medicina legal controvierte lo afirmado por el Tribunal y por la beneficiaria del título valor, cuando sostienen que la adulteración se presentó al cambiar la fecha que inicialmente era 79 por 78. Si el dictamen referido habla de ser el número original cero (0) transformado a nueve (9) y después a ocho (8), la alteración afirmada por el Tribunal no se produjo porque dijo que se cambió 79 por 78; distinto sería que el dictamen se refiriera al 9 como original. "Para la existencia de la falsedad debe demostrarse en forma categórica que el 9 fue alterado por un 8 y ella no surge del experticio grafológico pues nos deja la duda cuando afirma que el número original era un 0 y no un 9 como se afirma. La sentencia condenatoria exige demostración plena del cuerpo del delito, esto es, certeza plena, segura y sin dubitaciones, de que el 9 fue alterado por un 8, pero esa certeza no surge, más bien se impone la duda con la afirmación de que el número original era un 0 que se trató de cambiar por un 9 para finalmente dejar un 8".

La forma del manuscrito induce a pensar que existió un cero (0) y en equivocación inicial "... que debió reformarse para colocar la fecha en que se efectuó la negociación, esto es el 8 en que finalmente quedó ...". Y si el negocio fue en 1979 o 78 no tendría que aparecer el cero (0), lo que indica que hubo equivocación en la confección de la letra de cambio, sin que ella se pudiera mudar porque al ser aceptada

no tenía la fecha, como lo dice el denunciante, y cuando se produjo el error éste ya no estaba para volverla a firmar.

El error de hecho aludido es manifiesto, "esto es, ha llevado a una conclusión absolutamente reñida con la realidad procesal ...". Si hubo equivocación no hubo dolo y la sentencia ha debido ser absolutoria.

"Esos errores en la prueba llevaron por contragolpe a la violación de una norma jurídica, esto es, condujeron al Tribunal a violar por aplicación indebida los artículos 215 del C. P. P. y 221 del C. P. y por falta de aplicación el artículo 216 del C. P. P., pues en efecto, de haberse aplicado este último precepto se hubiera Absuelto a mi cliente ...".

El concepto de Procuraduría

El cargo se concreta en la existencia de un error manifiesto de hecho, como quiera que, según el dictamen hubo un cero (0) inicialmente en el documento, lo cual comporta un error que excluye el dolo. No hay, por consecuencia, delito y se ha violado, así, la ley sustancial por vía indirecta.

Los razonamientos presentados no son admisibles, no demuestran el error expresado, el cual no es —de otra parte— manifiesto. El dictamen referido no da lugar a las deducciones o afirmaciones que sustenta el actor.

Si bien el segundo dictamen hace referencia a la existencia de un cero (0) en la fecha, este número no correspondería a la realidad, pues la transacción que dio origen o fue la causa del documento, se efectuó conforme a las pruebas recaudadas en 1978, para pago de la obligación en 1979. Existe otro dictamen que precisa haber existido primariamente un nueve (9), el cual se adulteró para hacerlo aparecer como un ocho (8). No hay, entonces, ningún error.

Además, no fue la anotada la única prueba existente en cuanto al delito y alteración que aparece a simple vista; obran declaraciones, una de éstas de la persona beneficiaria del documento y la otra de quien lo llenó, quienes son claros en afirmar que el título valor se escribió sin repisaduras o correcciones, pues de otra manera se afectaba y, en tal forma, se entregó para su cobro al procesado quien rechaza estas afirmaciones y anota que la alteración pudo efectuarse por el denunciante al obtener copia del mismo en el juzgado, lo cual choca con la realidad de haber sido la demanda presentada por el valor que pretendía cobrar y con referencia al vencimiento que resultaba de la fecha alterada.

"Además, se insiste en que no fueron los expresados dictámenes las únicas pruebas tenidas en cuenta, sino que deben tenerse en cuenta los indicios resultantes de las afirmaciones de los testigos referidos, no obstante las tachas presentadas en su contra y del propio denunciante; sin que aparezca demostrado, como se aduce por el actor, que la letra se firmó sin estar completa, pues interrogado el denunciante, manifiesta no recordar y el matrimonio Conde afirma que el documento no tenía repisaduras o correcciones; y examinados los dictámenes no se encuentra oposición radical entre los mismos, lo cual también tuvo en cuenta el fallador.

"En resumen, considera este despacho que el cargo, por no resultar demostrado, no puede prosperar".

BREVES CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El actor impugna la sentencia por ser ella "violatoria de la ley sustancial por Violación Indirecta, por interpretación falsa o Falso Juicio de Identidad". Sabido es que, esa forma de violación se presenta cuando se da al hecho que recoge la prueba un alcance objetivo que no posee, o no se advierte lo que en ella aparece. Se trata, pues, de que el fallador le otorga a la prueba un sentido que no tiene o no responde a su contenido fáctico, bien por exceso o por defecto. Y el impugnador debe poner en evidencia que el hecho aprehendido fue desfigurado por el fallador en sus dimensiones objetivas.

Analizadas las dos sentencias que forman una unidad jurídica indisoluble, se tiene que el juzgador hizo un análisis en conjunto del acervo probatorio, para deducir de allí cuerpo del delito y responsabilidad, en tanto que el censor se concreta a una sola prueba como si únicamente ella existiera en el proceso para enfrentarla a cuanto las instancias dedujeron fundadamente. A pesar de la demanda anunciar un análisis de las otras pruebas, la verdad es que éste no se realizó, limitándose solitariamente, al dictamen de medicina legal.

En efecto: la falsedad que se predica en autos no nace exclusivamente del dictamen a que alude el actor; ella emerge de toda la otra prueba recaudada: las declaraciones de la persona beneficiaria del documento y la de quien lo llenó con su propia escritura; el comportamiento procesal del sindicado Guzmán Ortiz, al aseverar, en un principio, que el autor de la falsedad era Hernán Garzón, quien debió alterar la letra cuando ya había sido introducida al juzgado, para luego, ante el rotundo fracaso de su afirmación, dada la presencia de prueba que venía de él (en la demanda había afirmado que el título era pagadero el 21 de marzo de 1978; es decir, ya hacía valer la adulteración), cambiar su versión y colocar la falsedad en cabeza de los esposos Conde Ricardo, lo cual repugna con la verdad establecida en el proceso y con lo límpido de sus testimonios, como que espontáneamente hicieron mención de los abonos verificados por el deudor, con lo que demostraron su ningún deseo de enriquecimiento ilícito. Y, patentemente, surge la mistificación de la letra de marras, del dictamen de la sala técnica de la Policía Judicial de Ibagué, cuando conceptuó de manera tal que sus asertos hallaron respaldo en la realidad procesal. Es más: no existe oposición radical entre los dictámenes, como bien lo anota la delegada y fue tenido en cuenta por el fallador.

No se trata, entonces, de que el sentenciador le haya otorgado a la prueba un sentido que no tiene o que no responde a su contenido fáctico. Las instancias verificaron un examen de todo el caudal probatorio, sin que para arribar a la conclusión de la falsedad la prueba en comento hubiera sido particularmente significativa. Ha sido inalterable doctrina, de esta corporación, que es indispensable comprobar que el error puntualizado es por tal modo sustancial y ostensible que, sin él, la decisión habría sido contraria a la tomada por el fallador, esto es, absolutoria si condenó y condenatoria si absolvió. Si lo que el censor llama errores del fallador, no son más que opiniones suyas, por sensatas que sean, diferentes de las que llevaron al sentenciador a tomar la decisión controvertida, no podrá prosperar la censura; discurrir de otra manera sería convertir el recurso de casación en una tercera instancia.

Es evidente, de otro lado, que en el caso subexamine se está contraponiendo la personal interpretación del recurrente a la del juzgador, lo que conduce a otro enunciado, también doctrina de la Corte, vale decir que, en tales casos, prevalece la sentencia porque está amparada por la doble presunción de acierto y de verdad.

No basta con manifestar, como bien lo anota la delegada, que existe el error de hecho; es necesario demostrarlo en su totalidad ontológica y en los efectos jurídicos que le son propios, cosa que no hizo el actor. Igualmente, ese error ha de ser manifiesto. Ha dicho la Corte:

"...El error de hecho para que sirva de base a la casación, tiene que ser manifiesto, es decir, que haya por parte del juzgador una protuberante inexactitud en la apreciación de las pruebas que lo haya conducido a una conclusión absolutamente reñida con la realidad procesal. Tal cosa no sucede cuando el juzgador de instancia ha hecho una valoración total de los elementos de prueba, armonizando los unos con los otros, en forma que lo que no pudiera decir cada uno de ellos por separado, aparece razonable en su conjunto por haberse acumulado a todos ellos en orden a buscar una demostración de los hechos, que provenga no del fraccionamiento de tales elementos, sino, por el contrario, de su íntima correlación" (G. J. Tomo CXXXIII, p. 198).

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 el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

PREVARICATO

Para que este punible tenga ocurrencia no basta que se deduzca responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 53 de junio 5/85.

Bogotá, seis (6) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por apelación del defensor examina la Sala el auto de 19 de diciembre de 1983 por el cual el Tribunal Superior de Bogotá llamó a responder en juicio a la doctora Tulia Marina Rojas Maldonado, Juez 21 Civil Municipal, por un delito de prevaricato.

Que la procesada desempeña dicho cargo se comprueba con las copias auténticas de los acuerdos de nombramiento números 42 y 53 de 4 y 24 de septiembre de 1979 y del Acta de Posesión del 1° de octubre del mismo año. Sus intervenciones en el proceso de donde le surgió la denuncia quedan establecidas con diligencias de inspección judicial, pruebas documentales y con su propio reconocimiento.

Ese proceso es un juicio abreviado de lanzamiento instaurado por Luis Saúl Tarazona Mendoza contra Rosa Cecilia Santos, Carlos Sierra y Fausto Garzón Gómez. La demanda fue presentada el 28 de septiembre de 1981 y según ella los arrendadores empezaron a pagar un canon mensual de $7.000.00 que por razón del incremento pactado se convirtió en un canon mensual de $9.300.00 que dejaron de pagarse a partir del mes de agosto. Antes, en junio, el arrendador había pedido el inmueble para "habitación personal" y no se le contestó nada. Después se presentaron ante él Flor de Cañón y su hija Marlova o Marlovia Cañón de Vargas quienes manifestaron haber recibido la petición de entrega del apartamento dirigida a Rosa Cecilia de Santos y a proponer que seguirían pagando los cánones mensuales y desocuparían en diciembre. Estas propuestas no fueron aceptadas pues con ellas no se había contratado, pero demuestran, además, el incumplimiento de la cláusula de no subarrendar sin autorización. La demanda se admitió por auto de 30 de septiembre de

1981 y se ordenó correr el traslado de rigor a los demandados que no fueron encontrados en el apartamento 201 del número 20-21 de la calle 76 de Bogotá y se fijó el aviso judicial correspondiente.

Los arrendatarios Carlos Sierra y Fausto Garzón Gómez dieron poder a un abogado para que se opusiera al lanzamiento. Este contestó la demanda y propuso excepciones, así: 1. La de pago de los cánones de arrendamiento, 2. Falta de requisitos legales para exigir la desocupación y entrega del inmueble, y 3. Cobro de cánones de arrendamiento no debidos y pago de sumas superiores a las autorizadas por la ley.

El 9 de noviembre de 1981, vencido el término del traslado de la contestación de la demanda a la parte actora, el secretario colocó el siguiente informe: "al despacho hoy 9 de noviembre de 1981 vencido el traslado anterior descorrido en tiempo. Se acreditó el pago de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1981. No aparece consignado el incremento del 10% del Decreto número 3450 de 1980 que se alega como mora. Para lo pertinente".

En providencia de 7 de diciembre de 1981 el Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá decreta el lanzamiento de los demandados. Allí, entre otras cosas, se dice: "Entrado el proceso al despacho para resolver sobre la contestación, informa la secretaría que no han acreditado los demandados el valor del incremento del 10% de que trata el Decreto número 3450 de 1980 que es el motivo de la mora alegada y en tal virtud se cumple lo previsto por el artículo 434 numeral 5° del C. de P. C. en consecuencia debe proferirse el fallo correspondiente acogiendo las pretensiones de la demanda por encontrarse ajustada a derecho".

El 19 de febrero de 1982 Carlos Eduardo Sierra Ospina presenta un memorial al Tribunal Superior de Bogotá "a fin de que se sirvan investigar si la conducta del señor Juez 21 Civil Municipal de Bogotá y la (de) algunos de sus inmediatos colaboradores, especialmente la del señor secretario de dicho juzgado, estuvo ceñida a la ley y, de no estarlo, se les impongan (a) los funcionarios judiciales que resulten responsables las condignas sanciones". Relata lo sucedido en el juicio de lanzamiento y dice así: "Entrado el proceso a despacho para resolver sobre la contestación informa la secretaría que no han acreditado los demandados el valor del incremento del 10% de que trata el Decreto número 3450 de 1980 que es motivo de la mora alegada y en tal virtud no se cumple lo previsto por el artículo 434 numeral 5° del C. de P. C.". Esto indica, dice la denuncia, que no se estudiaron las pruebas de pago que se aportaron para impedir el lanzamiento que se fundamentaba en una supuesta mora en la satisfacción de un incremento del canon mensual de arrendamiento que resulta ilegal por contravenir las normas sobre congelación de arrendamientos.

Hay en el proceso prueba del contrato de arrendamiento que "mancomunada y solidariamente" firmaron los arrendatarios Rosa Cecilia de Santos, Carlos Sierra y Fausto Garzón Gómez con el arrendador Luis Saúl Tarazona Mendoza por 12 meses, contados a partir del 1° de agosto de 1977 a razón de $7.000.00 mensuales. En la cláusula tercera se prohíbe a los arrendatarios subarrendar sin autorización del arrendador. Al final se consigna que "si al vencimiento del contrato los inquilinos desean seguir ocupando el apartamento, aceptan desde ahora un reajuste del canon mensual de arrendamiento en un diez (10%) por ciento, y así sucesivamente".

El magistrado sustanciador a quien le fue repartida la denuncia ordenó la práctica de diligencias de indagación preliminar en auto de 9 de marzo de 1982 y sobre la base que le prestaron éstas, dictó el auto cabeza de proceso del 31 de julio siguiente. En la investigación fue indagada la doctora Rojas Maldonado, se recibió declaración al secretario Hernando Ortiz Tobar, se practicaron diligencias de inspección judicial y se aportaron pruebas documentales. El apoderado de la indagada solicitó, para ella, se diera aplicación al artículo 168 del Código de Procedimiento Penal y previo el concepto favorable del Fiscal 9º el Tribunal se negó a tomar dicha medida.

Se comprobó que por los mismos hechos presentó queja ante la Procuraduría General de la Nación el abogado Gustavo Pineda González, apoderado de Carlos Sierra y Fausto Garzón Gómez, y que se practicó una visita especial al proceso el 27 de enero de 1982. Se llegó a la conclusión de que no existía mérito para formular cargos a la juez.

El 7 de abril de 1983 se declaró cerrada la investigación. El Fiscal 9º y el apoderado de la denunciada solicitaron para ella sobreseimiento definitivo. El Tribunal la enjuició por prevaricato en la providencia que constituye ahora el objeto del recurso de apelación interpuesto por su defensor.

En esta segunda instancia tanto el defensor de la procesada como el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicitan la revocatoria del enjuiciamiento para que, en su lugar, se sobresea definitivamente a la doctora Rojas Maldonado. Los argumentos de uno y otro se citarán en el cuerpo de la presente providencia a medida que los cargos puntualizados en el auto de proceder sean examinados en orden a su confirmación o infirmación.

Consideraciones de la Sala

El llamamiento a responder en juicio para la procesada, por un delito de prevaricato, gira en torno de la providencia de 7 de diciembre de 1981 por la cual ella, en su carácter de Juez 21 Civil Municipal de Bogotá, decretó el lanzamiento de que se da cuenta en los resultandos que anteceden. Se afirma por el Tribunal que tal pronunciamiento contraría manifiestamente la ley puesto que frente al motivo alegado en la demanda, mora en el pago, no se tuvo en cuenta que los demandados estaban amparados por las disposiciones de la llamada congelación del precio de los cánones del bien entregado en arrendamiento.

El contrato correspondiente se pactó por un año y los arrendatarios debían pagar al arrendador siete mil pesos ($7.000.00) cada mes, pero en el último año se pagaban nueve mil trescientos pesos ($9.300.00) que representaban un aumento de dos mil trescientos pesos ($2.300.00). Este incremento lo considera el calificador como indebido para concluir que debió aceptarse la compensación propuesta por los demandados, caso en el cual no existía la mora y, consecuencialmente, no procedía el lanzamiento. Se agrega que a pesar de la presencia en el contrato de una cláusula por la cual se disponía que si éste se prorrogaba, como en efecto sucedió, el canon mensual se aumentaría en un 10%, no debió la funcionaria tenerla en cuenta porque las leyes sobre congelación de arrendamientos, que son de orden público eran de obligatorio cumplimiento.

Al afirmar que la juez denunciada profirió providencia manifiestamente contraria a la ley, elemento material que concreta el prevaricato que se le imputa, el Tribunal centra sus cargos y apoya sus creencias en el rotundo criterio de que las legislaciones sobre arrendamientos modifican la consensualidad que al contrato caracteriza, y ya en este plano, cita y comenta los Decretos números 453 y 1070 de 1956; el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; la Ley 7ª de 1943; el Decreto número 2770 de 1976; el Decreto número 063 de 1977 y el Decreto número 3450 de 1980 que prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1981 la congelación de cánones de arrendamiento establecida por los Decretos números 2770 de 1976, 063 y 2923 de 1977, 2813 de 1978 y 3209 de 1979.

En su indagatoria hizo la denunciada una relación clara y detallada de su actuación que dice se ciñó a las normas que regulan el proceso de lanzamiento y destacó el hecho de que no escuchó las alegaciones de la parte demandada porque según lo previsto en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil así debe procederse cuando no se acredita el pago de los cánones reclamados por el demandante. Explicó, además, que la demanda pedía el pago de los meses de agosto y septiembre de 1981 con el incremento del 10% previsto en el contrato y los demandados consignaron valores inferiores.

Sobre tales bases y mediante la revisión de las copias auténticas y completas del proceso civil, teniendo en cuenta las alegaciones de quienes han intervenido en éste y de acuerdo con la teoría general del juicio de lanzamiento, debe recordarse que al juez le corresponde averiguar si el acto jurídico que sirve de fundamento a la demanda contiene los elementos intrínsecos de consentimiento, capacidad, objeto y causa que constituyen los factores necesarios para que pueda producir consecuencias válidas. Para desvirtuar un acto de tal naturaleza el demandado debe atacar la presunción de validez que lo acompaña y probar los posibles vicios que lo afecten. En el caso examinado debió el demandado cumplir con la carga procesal que le imponía el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil y demostrar el pago que se afirmaba no existía o consignar a órdenes del juzgado los cánones que se decía estaba en mora de cumplir como requisito indispensable para que pudiera escucharse la impugnación que pretendía efectuar. Quiere decir lo anterior que no existe conducta alguna delictuosa en el obrar de la denunciada y, de acuerdo con lo comprobado en el expediente, las autoridades correspondientes la exoneraron de responsabilidad por una falta de simple carácter disciplinario que de allí se quiso derivar.

En relación con el aspecto que constituye núcleo de la acusación formulada en el auto de proceder examinado, esto es, acerca de la creencia del calificador de que las legislaciones sobre arrendamiento eliminan la consensualidad del contrato en cuanto respecta a la fijación de los cánones periódicos que deben pagarse por parte de los arrendatarios, cabe aceptar que la plena autonomía de la voluntad de las partes en dicho campo sí ha sido restringida o limitada por la ley. Basta la consulta de las leyes y decretos que se citan, en profusión, en la providencia revisada. Sucede, sin embargo, que esas mismas leyes se han encargado de regular las consecuencias de las prohibiciones que tienen y que, concretamente por lo que hace al arrendamiento, sanciona al arrendador infractor con multa y devolución al arrendatario del exceso cobrado sobre el precio inicial congelado, y que son esas mismas leyes las que han atribuido a las autoridades administrativas (alcaldes, gobernadores, intendentes y comisarios) la

competencia para conocer de esos asuntos, señalándoles un procedimiento especial que permite una información completa sobre los hechos y establece los traslados y recursos para garantía de las partes. Corresponde a quien se considere agraviado el impulso del trámite y, ante su ausencia, el juzgador no puede suplantar a las autoridades administrativas a cuyo cargo corre resolver cualquier controversia de dicho carácter. Para la época en que se sucedieron los hechos regía, sobre dicho tema, el Decreto número 3450 y en relación con el trámite de que se trata el artículo 5° del Decreto número 3209 de 1977 que hacía referencia expresa a lo ya dispuesto por el Decreto número 063 de 1977 en sus artículos 16, 17 y 18.

Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición que aplicó. Es indiscutible que pueden surgir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento "manifiestamente ilegal" exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia, y menos aun cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento.

Por otra parte forzoso es conceder la razón al Ministerio Público que conceptúa y al apoderado que alega, cuando dicen que no aparece por parte alguna de la providencia examinada la obligada mención del aspecto subjetivo de la conducta que a la procesada se imputa como ilícita. Tal parece, por consecuencia, que se le hubiera deducido una responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal. Debe agregarse que no existe un solo elemento de juicio que permita deducir que la indagada obró con voluntad y conciencia de transgredir la ley, esto es, con dolo, así en gracia de discusión pudiera considerarse como desacertada su decisión. La reiterada jurisprudencia de la Corte indica la necesidad de comprobar en este delito contra la administración pública la incorrección moral del acusado.

Por las consideraciones que anteceden debe revocarse la providencia apelada para que se la reemplace por un sobreseimiento de carácter definitivo porque aparece plenamente demostrado que la procesada no ha infringido la ley penal (art. 491, numeral 1).

Por las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia, en –Sala Penal–.

RESUELVE

REVOCAR el auto de proceder apelado y, en su lugar, SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a la doctora Tulia Marina Rojas Maldonado, Juez 21 Civil Municipal de Bogotá, por las razones consignadas en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

VIOLACION INDIRECTA
JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO

Resulta un imposible jurídico proponer esta causal, porque al juzgador le obliga pronunciarse de acuerdo con la contestación que el jurado haya dado a los cuestionarios propuestos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 56 de junio 5 de 1985.

Bogotá, D. E., junio seis (6) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La apoderada del procesado Pedro Roberto Patiño Patarroyo sustenta el recurso extraordinario de casación que se propuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 1° de octubre de 1984 que lo condenó en calidad de coautor del delito de homicidio en la persona de Ceferino Martínez a la pena principal de dieciséis años de prisión, confirmando así la del Juzgado 14 Superior de esta ciudad.

CONSIDERANDOS

A juicio de la Sala, el escrito presentado por la apoderada de Patiño Patarroyo no reúne los requisitos legales para admitirse como demanda de casación. En efecto:

Se impugna, en primer término, el fallo del Juzgado 14 Superior de Bogotá de 18 de junio de 1984 que condenó a Pedro Roberto Patiño y a José Helí Ayala en calidad de coautores de homicidio agravado en Ceferino Martínez, atendiendo así la respuesta de los jurados que declararon a los dos acusados penalmente responsables de ese ilícito.

En segundo término, se alude a la violación indirecta de la norma de derecho sustantivo y se citan los artículos 323 y 324 del actual Código Penal pero de modo alguno se precisa y demuestra cómo ocurrió la infracción, esto es, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea (fl. 29 del cuaderno de la Corte).

En tercer lugar, se acusa la sentencia del Juzgado [illegible]perior de Bogotá por violación indirecta de la ley sustancial, que se hace consistir [illegible] en error de hecho

manifiesto en los autos, al no apreciar en debida forma las pruebas aportadas al proceso lo que ha hecho más gravosa la situación de mi poderdante". Y se agrega: "Una vez recurrida la sentencia, el honorable fallador de segundo grado la confirmó, dando así origen a los postulados del presente recurso extraordinario de casación, con base en la causal invocada". Se remata de esta manera la impugnación: "Fundo mi apreciación en que el juzgado de primera instancia al llamar a juicio y condenar a Pedro Roberto Patiño Patarroyo, debió hacerlo solamente por el delito de homicidio sin agregar al hecho los agravantes de sevicia y condiciones de inferioridad pues éstos no existieron" (fl. 20 del cuaderno de la Corte).

En orden a sustentar la acusación, la apoderada de Patiño Patarroyo no se ciñe a la técnica propia de este recurso extraordinario cuando se apoya en el error de hecho manifiesto en los autos, pues apenas se ocupa de la indagatoria del procesado recurrente en casación, del examen médico practicado a éste, de la declaración sin juramento rendida por Ubaldina Patiño, de la confrontación entre esta acusada y la testigo Carmen de Orduz y del careo entre Patiño Patarroyo y el declarante Luis Felipe Martínez. Se ignoran los demás elementos de convicción allegados al proceso. En manera alguna se demuestra el error de hecho en que pudo haber incurrido el Tribunal Superior de Bogotá al examinar las pruebas acabadas de mencionar pues la apoderada de Pedro Roberto Patiño se limita a exponer su opinión personal sobre la interpretación de esas diligencias pero, se repite, no comprueba el yerro de la citada corporación que la llevó a dictar sentencia condenatoria.

A más de la protuberante falla anotada, es preciso recordar que *en juicios con intervención del jurado resulta un imposible jurídico proponer la violación indirecta de la norma de derecho sustantivo. Así lo ha proclamado esta Sala en su más antigua jurisprudencia que parte de la sentencia del 3 de noviembre de 1944 publicada en la Gaceta Judicial Tomo LVII, número 2010, páginas 743 y ss. en la que fue Magistrado ponente el doctor Francisco Bruno y presentó salvamento de voto el Magistrado José Antonio Montalvo. Las razones son bien conocidas pero vale la pena repetirlas una vez más: el jurado decide según su "íntima convicción" y no está sometido a tarifa legal de pruebas o a la sana crítica; el Tribunal de Conciencia no fundamenta su veredicto pues según el artículo 535 del estatuto procesal penal basta responder con un sí o un no; la respuesta del jurado sólo se puede desconocer por las instancias mediante la declaración de contraevidencia, según lo prescrito en los artículo 565 y 567 del Código citado; a la Corte Suprema de Justicia le está vedada esta facultad; y, finalmente, en el caso hipotético que esta corporación no atendiera la respuesta del jurado, vale decir la desconociera, en todo o en parte, como se sugiere en el escrito presentado a nombre del condenado Patiño Patarroyo, no podría dictar fallo de casación conforme a la causal primera porque debería dar cumplimiento al artículo 519 del Código de Procedimiento Penal que obliga al juzgador pronunciarse de acuerdo con la contestación que el jurado haya dado a los cuestionarios propuestos.*

Y, por último, en concreto no se formula una petición a la Corte Suprema de Justicia pues simplemente se afirma "... que se case la sentencia del presente recurso y como consecuencia de ello se dicte el fallo que lo reemplace".

Por lo anterior, la Sala deberá declarar desierto el recurso de casación propuesto en este asunto, por no reunir los requisitos legales.

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

DECLARA

DESIERTO el recurso de casación propuesto a nombre del condenado Pedro Roberto Patiño Patarroyo.

Notifíquese, devuélvase el proceso al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

1° HABEAS CORPUS
PROCEDENCIA

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.

2° PREVARICATO

No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 50 de mayo 29/85.

Bogotá, junio siete de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 27 de agosto de 1984, recurrida en apelación por el Ministerio Público, absuelve al doctor Luis Carlos Rosales Díaz, a quien como Juez 10° Penal Municipal se le residenció en juicio criminal para responder de un delito de "prevaricato".

Concluido el trámite de esta segunda instancia se procede a desatar el recurso.

DEMOSTRACIONES PROCESALES

1. Para el 25 de junio de 1981, el doctor Luis Carlos Rosales Díaz se desempeñaba como Juez 10° Penal Municipal de Bogotá, según aparece acreditado a fls. 32 y 35.

2. En nota número 347 de 15 de mayo de 1981, la Embajada de los Estados Unidos de América, invocando el Tratado de 1888 y su reforma de 1940, solicitó "una orden de detención como fugitivo criminal contra el señor Courtois, anunciando que, dentro de los tres meses estipulados por la citada convención cumpliría con los requisitos para solicitar la extradición de Edmond Jacques Courtois".

3. El requerido fue capturado por unidades adscritas a la División de Extranjería DAS (mayo 29/81).

4. El 2 de junio se interpuso, por el doctor José Joaquín Salcedo, un recurso de *Habeas Corpus*, tramitado ante el Juzgado 56 Penal Municipal, funcionario que el día 4 lo decidió adversamente, resolución comunicada al DAS en oficio 382 de 22 de junio.

5. Por intermedio del doctor César Montoya Ocampo se instauró nueva petición de *Habeas Corpus*, ante el Juzgado 10° Penal Municipal, servido por el doctor Rosales Díaz. Este, en providencia de 25 de junio de 1981, accedió a esta pretensión. De la misma se extractan las siguientes anotaciones, consecuencia de requerimientos librados por el citado funcionario: "...de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia, se informa que en dichas oficinas no se adelanta proceso de extradición en contra de Edmond Jacques Courtois.

"Por su parte de la Jefatura de Investigaciones Diextranjeras, por oficio número 4790, se comunica que el tantas veces citado Edmond Jacques Courtois se encuentra detenido en esas dependencias a órdenes del Gobierno Nacional, en razón a que la Embajada de los Estados Unidos tramita la extradición de dicho señor, la cual fue solicitada por la Embajada de los Estados Unidos al Ministerio de Relaciones Exteriores mediante oficio número 347 del 15 de mayo del año que avanza. Que el señor Courtois fue detenido por miembros de esa institución el día veintinueve de mayo último a la una de la tarde.

"Considera la Ley Procesal Penal vigente, que toda aquella persona que estuviese privada de la libertad en forma ilegal, puede invocar ante el juez penal, el derecho de *Habeas Corpus*, bien, por ella misma, o por otra en su nombre. Como se ha hecho en el presente caso, es decir, se han llenado los requisitos propios para el pedimento.

"Estudiada por el despacho, la situación que hoy sufre el señor Edmond Jacques Courtois, a través de su retención en las dependencias del Departamento de Seguridad, desde el día veintinueve de mayo último, a solicitud del Gobierno Nacional, encontramos que, hasta el momento, no ha habido providencia de autoridad competente que justifique legalmente la retención de que ha venido siendo víctima el señor Courtois, como se desprende de los informes rendidos por la Sección de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad, es decir, que a nuestro juicio, no se encuentran reunidos los presupuestos que nuestro Código de Procedimiento Penal exige en estos casos, por lo que se considera que la solicitud de *Habeas Corpus* presentada debe despacharse favorable, esto es, ordenando la libertad inmedita del señor Edmond Jacques Courtois, de lo cual deberá enterarse a las partes".

6. En oficio 4790 de 24 de junio, el DAS informa al doctor Rosales Díaz, "que el citado extranjero 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. Dicha extradición fue solicitada por la Embajada de los Estados Unidos al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante nota número 347 del 15 de mayo del presente año. Donde se le acusa por los delitos de estafa con acciones, estafa por correo y la asociación para delinquir... Es de anotar que con fecha junio 2/81 el Juzgado Cincuenta y Seis 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" (fl. 20).

7. Nuevamente el DAS, en comunicación de junio 25, dirigida al doctor Rosales Díaz, le dice: "Acuso recibo del auto interlocutorio proveniente de ese despacho según solicitud de *Habeas Corpus* elevada por el doctor César Montoya Ocampo en favor del señor Edmond Jacques Courtois, diligencia que se dispone devolver a ese juzgado por cuanto aparece sin firma de la secretaria Aura Rosa E. de Galindo; igualmente, no aparece sello del juzgado.

"Me permito informar además al señor juez que el recurso de *Habeas Corpus* había sido interpuesto ante el Juzgado 56 Penal Municipal, despacho que lo negó, de acuerdo a las normas legales vigentes sobre extradición" (fl. 21); y,

8. El sentenciado, en oficio 582 de 27 de junio/81, enviado al DAS, indica: "Reitero a usted la orden de libertad expedida por este juzgado a nombre de Edmond Jacques Courtois, quien se encuentra detenido en esa dependencia.

"En respuesta a su atenta comunicación envío nuevamente copia, del auto, con las firmas y sellos respectivos.

"No sobra exponer a usted 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 refieren a la improcedibilidad de la acción penal, en el caso presente, según sentencia de la Corte Federal de Estados Unidos, allegada al diligenciamiento" (fl. 22).

Motivos de la sentencia absolutoria

Puede decirse que son los mismos que le sirvieron para sobreseer definitivamente al doctor Rosales Díaz (oct. 26/82). Conviene transcribirlos en su parte esencial: "...Dada la naturaleza de la infracción por la que se procede, prevaricato por acción, sólo sería admisible el dolo del funcionario como ingrediente insustituible del juicio de reproche a que ya aludió la Sala. Cuando se habla de dolo indefectible se hace referencia a la intención y, para el presente caso, aquella que animaba al doctor Rosales Díaz como funcionario cuando profirió la providencia mediante la cual ordenó la libertad de Courtois ...el sujeto-agente debe tener pleno conocimiento de que el hecho que pretende realizar es ilegal, que contraría el orden normativo establecido, pero que a pesar de su antijuridicidad, quiere ejecutarlo. En tal orden, debe la Sala indagar por cuál era en realidad la intención del doctor Luis Carlos Rosales cuando profirió la providencia motivo de censura. Para ese fin el Tribunal cuenta con dos fuentes, a saber, las actuaciones del doctor Rosales plasmadas en los diferentes autos de sustanciación que antecedieron al pronunciamiento final, la

providencia misma que dispuso la libertad de Courtois y la indagatoria del procesado ...De acuerdo con las propias palabras del procesado, el doctor Rosales Díaz estaba convencido para la fecha en que tomó la determinación y lo continúa estando para ésta y para aquélla en que rindió la injurada, de que no solamente había cumplido con los mandatos legales sino que de no haber procedido como lo hizo hubiese violado la Carta Constitucional. Las explicaciones del doctor Rosales para la justicia guardan perfecta armonía con la forma como sustentó la providencia de excarcelación: Courtois estaba ilegalmente privado de libertad.

"Es factible, asunto que tampoco se puede descartar, que ese convencimiento del ex-Juez de que obraba conforme a derecho pudo fácilmente permanecer incólume en él. No disponía en efecto de mayor tiempo para sopesar la situación planteada, como tampoco para oficiar a otras entidades. El lapso fijado en la ley para decidir estaba vencido y el abogado de Courtois exigía un pronunciamiento inmediato, recordando al funcionario las penas que el mismo legislador prevé por el desacato a resolver dentro del lapso estipulado. A esta circunstancia externa se refirió el procesado cuando habla de las presiones del abogado que la Sala toma en el justo sentido y no en aquel que le imprimió el Ministerio Público en la instancia cuando para solicitar se vocara a juicio a Rosales Díaz, argumentó que un juez de la República faltaba a su ecuanimidad cuando actuaba bajo presión.

"Al estar convencido el ex-Juez Rosales de que la providencia que iba a proferir, y que evidentemente profirió, consultaba el régimen legal y al surgir para este proceso la duda de que el mencionado obró con el ánimo de producir un resultado antijurídico, se impone su absolución al tenor de lo previsto en el artículo 216 del C. de P. Penal. Dado el convencimiento que alega el ex-funcionario y que emerge de su propia actuación como juez, surge la imposibilidad de atribuirle la intención de dictar un fallo contrario a derecho".

Opinión del Procurador 3°
Delegado en lo Penal

Coincide en un todo con las glosas del Tribunal, a quien secundara en decisión anterior. De su último comentario se reproducen los siguientes párrafos: "...No obstante deben tenerse en cuenta las explicaciones del funcionario; en cuanto a la resolución del otro juzgado, advierte que no tuvo oportunidad de conocerla, pues cuando se enteró de su existencia, los términos eran apremiantes, que no existía orden de autoridad competente sobre detención y las demás referidas.

"Cabe anotar que la decisión del punto expresado exigía hasta cierto punto interpretación de las normas correspondientes; y es posible admitir que el acusado, al tratar de aplicarlas, incurriera en el error referido y de buena fe adoptara la determinación indicada; lo cual indica ausencia de sentido jurídico o de sindéresis, pero sin que esta sola situación lleve a concluir la existencia del dolo.

"Esto mismo puede anotarse en cuanto a su consideración de que debía aplicarse la norma constitucional, pues como lo recuerda el salvamento de voto, existe jurisprudencia sobre la prevalencia de los tratados, la cual ignoraba o no tuvo en cuenta el juez; como también en que entrara a examinar la procedencia de la decisión del Tribunal o autoridad extranjera, que se le presentó como argumento

para observarle que ya no tenía valor, por razón de determinadas circunstancias; e igualmente lo que anota en cuanto al requerimiento o solicitud apremiante del apoderado correspondiente para que se decidiera la petición antes del vencimiento de los términos.

"Estas circunstancias resultantes de las explicaciones del acusado, las cúales anota también el Tribunal en su fallo apelado, conducen a este despacho a concluir que existe duda en cuanto a la intención con que obrara el acusado de violar la ley en forma dolosa, sin que por tanto pueda apartarse de la decisión adoptada en la primera instancia, ya que en tal forma debe deducirse que no existen los requisitos exigidos por el artículo 215 del C. P. P. para dictar fallo condenatorio; pues la duda debe absolverse en favor del procesado ...".

ALEGACIÓN FINAL DEL PROCESADO

Anota éste que "debo asegurar con la mayor sinceridad honorales magistrados que jamás pasó por mi mente violar ninguna norma que conforme al dicho tratado sólo Colombia concede la extradición si hay delito juzgable en el extranjero, porque se dice en el tratado que la extradición procede en los casos en que el sindicado si hubiera cometido el hecho en territorio colombiano, puede ser juzgado en nuestro país, lo cual a contrario *sensu* quiere decir que si no es juzgable (como decía la sentencia cuestionada) en los Estados Unidos, Colombia no concede la extradición como tampoco la hubiera concedido aquel país. Esto fue lo que motivó y porque lo ví tan evidente, que acogiera la alegación del apoderado de Courtois y resolviera aceptar el recurso de *Hábeas Corpus*, evidencia o cuestión que resultó para mí tan manifiesta que excusó detenerme en el proveído que dicté en reiterar la alegación del apoderado, lo que ciertamente y lo admito con toda lealtad, constituyó una deficiencia mía al no motivar ampliamente la decisión pero que se explica porque el recurso citado es para poner término inmediato a una ilegal privación de la libertad de una persona".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El término probatorio de la causa no varió los elementos de convicción allegados a la sumaria. Esta razón, así como la reiteración que puede darse y se ha dado sobre los análisis de la conducta del enjuiciado, permiten a la Corte volver sobre buena parte de sus antecedentes interpretaciones. Estas se concretaron así:

A. *No puede negarse, y éste constituye pronunciamiento anterior de la Corte (mayo 30/83), que el* Habeas Corpus *como institución general y fundamental, no encuentra zonas de prohibida aplicación. Dondequiera se dé una privación de libertad mayor de cuarenta y ocho horas (art. 417), 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, a 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 ayunas de verdad y acierto;

B. *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;*

C. *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. Aquéllos 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 las 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 la competencia restringida y exclusiva que esta institución tiene asignada en nuestro estatuto de procedimiento penal;

D. *No hay duda alguna, ni ahora ni cuando actuó el Juez 10° Penal Municipal, doctor Rosales Díaz de 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. 8ª 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 15/81) 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 19/81), 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 4°, Título 4°, Capítulo 3°, 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 4°, Título 4°, Capítulo 3°);

E. *La intervención de Juez Penal o Promiscuo Municipal, en función de la garantía del* Habeas Corpus, *se reducía 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 C. de P. P. 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, amplían 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 sesenta días señalados en el mencionado artículo 742 del C. de P. P.;*

F. *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;*

G. 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 difieren 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 C. de P. P. 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;

H. El juez 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 y la natural interpretación de sus dictados. Sólo le acuciaba el dar respuesta positiva y pronta a las reclamaciones interesadas del apoderado de Courtois.

En circunstancias tales no es posible aludir 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 C. Penal, resulta típica, antijurídica y culpable.

Quiere la Sala agregar, ahora, estas breves reflexiones:

1. *No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley y con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esa clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la práxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones de la ley, advertir que hay aspectos tan básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido.*

La Sala entiende que lo relacionado con la extradición constituye uno de estos puntos de insoslayable aplicación, así se le correlacione con el Habeas Corpus. *De la simple lectura, y es esta la mínima exigencia que puede hacerse a un juez cuando tiene que abordar determinada materia del texto legal correspondiente (tratado, normas generales del Título IV, Capítulo III), resulta aún para el más inexperto funcionario, que la detención preventiva de un extraditable es medida que no corresponde proferir a*

la Rama Jurisdiccional ni exige las mismas formalidades que ésta requiere en el proceso penal normal, ni reclama el cumplimiento de una sentencia, ni puede tener términos de duración distintos a los que respectiva convención prevé o el Código de Procedimiento Penal señala por vía general. Esa verificación, tan expedita y exigible le hubiera demostrado al doctor Rosales Díaz, como sucedió con su homólogo el Juez 56 Penal Municipal, que el señor Courtois estaba legalmente detenido y la tramitación de la correspondiente extradición se conducía por los caminos regulares y estaba dentro de los términos de la ley. Esta era una realidad incuestionable, perfectamente cognoscible por el juez Rosales, desatendida en sus elementos más simples.

2. *Aceptar como lo pretende el procesado que apreció como realidad el que Courtois no estaba legalmente detenido, puesto que su privación de libertad no había sido decretada por autoridad judicial, es admitir una explicación no sólo baladí sino también forzada. Con esta misma tesis, inconsulta y desprovista de la más mínima seriedad, se podría desconocer la retención ejercida con base en el artículo 28 de la C. N. o las múltiples medidas de esta naturaleza proferidas por autoridades policivas y hasta administrativas. No hay duda alguna de que con la expedita información que podía lograr de la mera lectura de los textos pertinentes al fenómeno de la extradición o con la noticia recibida de organismos como el DAS, obtuvo plena información y le fue dable entender que la detención de Courtois tenía la nítida característica de ser legal y había sido producida por autoridad competente, la cual debía asumir las consecuencias de su actuación.*

3. *El error proveniente de buena fe, en el cual se ha hecho hincapié por parte del procesado, no es de recibo. No sólo por lo dicho sino por que existen múltiples factores que indican más bien un ánimo de quebrantar la ley y desconocer una situación legal creada por quienes tenían autoridad para ello. Contra su propósito de procurar la liberación de Courtois, nada pudieron ni los textos legales ni las advertencias del DAS, ni la decisión proferida por el Juez 56 Penal Municipal, que ya había conocido de un* Habeas Corpus. *Por eso no se inquietó siquiera por enterarse de lo que ese despacho había resuelto, y prefirió dar a conocer, al DAS su decisión sin estar ésta rubricada por su secretario y mudó la razón contenida en su resolución para insistir en su cumplimiento. Antes había considerado la ausencia de mandamiento judicial de detención y ahora anotaba "que las resoluciones sobre* Habeas Corpus, *no hacen tránsito a cosa juzgada ... (y) la decisión se apoya en hechos nuevos, no conocidos en el trámite anterior", hechos que mal podía atribuirles esta característica si ignoraba los fundamentos expresados por el otro juez y se refería a aspectos que sólo la Corte Suprema de Justicia o el Gobierno Nacional podían cuestionar.*

4. La Sala reitera que las pretensiones del procesado aparecen como ostensiblemente improcedentes, apreciación que termina por formar convicción, al observar, y conviene la repetición que otro juez de su misma condición y hasta similar experiencia y contando con los mismos elementos de estudio, acertó en su negativa a liberar al señor Courtois por la vía del *Habeas Corpus*. Esto indica, a las claras que las razones suyas son más adecuaciones de defensa que valoración franca y verídica de la realidad.

Están satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 215 del C. de P. P. y en consecuencia se procederá.

El artículo 149 del C. Penal es el llamado a regir la conducta del sentenciado, disposición que preceptúa una sanción de 1 a 5 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso.

Conforme a las condiciones personales del responsable y las modalidades de su conducta, se fijará el mínimo de la pena disponiéndose, además, la ejecución condicional de la condena, por término de tres años.

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

FALLA

1. REVÓCASE la sentencia revisada y en su defecto se CONDENA al doctor Luis Carlos Rosales Díaz, por el delito de "prevaricato", cometido cuando se desempeñaba como Juez 10º Penal Municipal de Bogotá, a un (1) año de prisión y a un (1) año de interdicción de derecho y funciones públicas; como accesoria se impone la pérdida del empleo judicial desempeñado para la época de comisión del delito.

2. Se suspende la ejecución de la sanción impuesta, por el término de tres años que deberá asegurar con la fianza que tiene prestada y mediante la cual ha venido gozando del beneficio de excarcelación. Ante la Magistrada Sustanciadora de la Primera Instancia, suscribirá compromiso para cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 69 del C. de P. P.

3. Se le condena en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con su delictuoso comportamiento.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Lisandro Martínez Zúñiga - Conjuez.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

LEY PENAL. VIGENCIA
(LEY 153 DE 1887)

No puede aplicarse, ni produce efecto alguno, sino a partir del momento en que entra a regir.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta número 53.

Bogotá, once (11) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 31 de octubre de 1983 confirmó, disminuyendo la pena de ciento doce (112) a ciento ocho (108) meses de prisión, la proferida por el Juzgado 24 Superior de esta misma ciudad el 14 de junio de ese año, a virtud de la cual condenó al procesado Eneas Humberto Díaz León como autor responsable del homicidio perpetrado en la persona del agente de la Policía Nacional Olivos Romero, de conformidad con la Resolución número 086 de 16 de julio de 1981 de la Brigada de Institutos Militares, que había convocado a Consejo de Guerra Verbal como Juez de Primera Instancia.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el condenado, que fue oportuna y legalmente concedido y en sustentación del cual su apoderado especial presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

RESULTANDO

I. Un breve resumen de los hechos materia del proceso y de la actuación cumplida dentro de éste, es el siguiente, contenido en el concepto emitido por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"... Hacia las siete de la noche del 16 de marzo de 1980 acudieron al establecimiento de cantina de Juan Arévalo, situado en el municipio de San Bernardo (Cundinamarca), los agentes de la Policía Nacional Guillermo Olivos y Hernando Londoño, quienes prestaban sus servicios en el puesto de Policía del lugar, con el fin de aprehender al sujeto que minutos antes había herido a Gabriel Beltrán en una mano y que respondía al nombre de Remigio González; pero como éste se mostrara

remiso a la entrega del machete que portaba, se trenzó en forcejeo con el agente Londoño, a raíz de lo cual cayó el arma al suelo de donde fue recogida por Eneas Humberto Díaz León, quien de inmediato le ocasionó con la misma, tremenda herida al agente Guillermo Olivos en la parte izquierda del abdomen, la que le produjo la muerte cuando era trasladado al hospital San Antonio, de Arbeláez, en busca de atención médica ...".

"... La investigación respectiva fue iniciada al día siguiente por el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar con sede en Fusagasugá, y en desarrollo de la misma el Comandante de la Brigada de Institutos Militares convocó Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento de Eneas Humberto Díaz León mediante Resolución número 086 del 16 de julio de 1981 —subrayas de este despacho— como único responsable de los delitos de homicidio del agente Guillermo Olivos y contra funcionario público, y como los veredictos obtenidos al cabo de la diligencia fueron condenatorios, el Presidente del Consejo de Guerra Verbal profirió la sentencia de condena que obra a folios 292 a 323 del cuaderno principal, la cual fue anulada cuando se recurrió en apelación debido a que se omitió resolver la situación jurídica de otras personas vinculadas procesalmente mediante indagatoria. Sin que se hubiera repuesto el mencionado fallo, el 23 de junio de —subrayas de este despacho— el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, con fundamento en el Decreto número 1674 del mismo año mediante el cual se declaró restablecido el orden público y se levantó el estado de sitio en todo el territorio nacional, ordenó la remisión del proceso a la justicia ordinaria en donde por reparto le correspondió al Juzgado 24 Superior de Bogotá. Este despacho tras avocar el conocimiento adoptó las decisiones judiciales pendientes y dictó la sentencia, que llegada al Tribunal Superior del Distrito Judicial por apelación, fue modificada para rebajar en cuatro meses la pena principal que se dedujo al procesado Díaz León ..." (fls. 16 a 17).

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 se hace un único cargo.

Causal cuarta

Cargo único

"... Levantado el estado de sitio perdían todo su valor legal las diligencias adelantadas por la Brigada de Institutos Militares, con posterioridad al cierre de la investigación, por ser al amparo de la nueva situación el competente el Juez 24 Superior de Bogotá y no otro ...

"... No se puede confundir sumario con juicio, pues es bien sabido que son dos etapas completamente diferentes y el artículo 472 del C. de P. P. anteriormente transcrito, de ninguna manera enseña que el competente sea el instructor, ni tal interpretación se le ha dado jamás a dicha norma procedimental penal ...

"... Cuando el artículo 313 del C. de J. P. M. habla de 'diligencias' o 'investigaciones' se refiere claramente a los actos consumados durante el sumario, pero nunca durante el juicio porque expresamente el artículo 472 del C. de P. P. prohíbe semejante confusión ...

"... ¿Cuándo un simple instructor ha cerrado una investigación? ...

"... ¿Cuándo se ha refundido el sumario con el juicio? ...

"... Al levantarse el estado de sitio todo lo tramitado por el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, durante el juicio es NULO por carecer de competencia como juez de conocimiento. No así lo que hicieron las autoridades militares como instructores ...

"... Por ello, se debe declarar la nulidad de lo actuado, desde el auto de junio 23 de 1981 (fl. 253 del cdno. original), inclusive, dictado por el señor Brigadier General, José Leal Barrera Comandante de la Brigada de Institutos Militares, debido a que tal decisión no podía tomarla, levantado el estado de sitio, sino el juez competente que de ninguna manera era él ...

".....

"... Al haber ordenado el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares el envío del proceso al señor Juez Superior (Reparto) de Bogotá, por levantamiento del estado de sitio, mediante auto de junio 23 de 1982, visible al folio 379 del cuaderno original, reconoció que ya no era el competente para seguirlo tramitando y, por tanto, todo lo que adelantó como tal antes de levantarse el mencionado estado de sitio quedaba viciado de nulidad, que tenía que haber declarado el señor juez superior a quien hubiese correspondido en raparto el proceso. Esto jamás se hizo habiéndose generado una nulidad de carácter constitucional o supra-legal y al mismo tiempo procedimental conforme al numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P. ...

"... Y fue el señor Juez 24 Superior de Bogotá quien con semejante irregularidad profirió sentencia condenatoria en contra de Éneas Humberto Díaz León, la cual fue confirmada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal–..." (fls. 9 vto. 10 y 11).

III. El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal ha solicitado a la Corte que no case la sentencia impugnada, ya que no hubo la pretendida incompetencia de jurisdicción alegada por el recurrente, puesto que el auto de 23 de junio de 1981, a partir del cual se pide la nulidad, fue proferido por el juez de primera instancia cuando la Justicia Penal Militar era la competente para conocer del asunto y, por tanto, la que estaba legalmente facultada para adoptar esa y las demás determinaciones del proceso:

"... De atenderse la tesis del demandante, habría de llegarse al escandaloso extremo de revivir procesos definitivamente fallados por la Justicia Penal Militar en épocas en que se le ha atribuido la competencia para conocer de los mismos, para declarar la nulidad de lo actuado por ella a partir de los autos equivalentes al de clausura del sumario, en los casos en que vuelve a fijarse la competencia en los jueces ordinarios sin atender las fechas de tales fijaciones de la competencia ...

"... En el caso de autos el planteamiento de la demanda se presenta aún más fuera del lugar, si se tiene en cuenta que la Justicia Penal Militar entregó a la ordinaria el proceso, tan pronto como la competencia pasó a ésta por virtud del levantamiento del estado de sitio —Decreto número 1674 de 1982—, y que ya el juzgador de segundo grado había hecho la advertencia de rigor al pronunciarse sobre la nulidad impetrada por el mismo profesional ... (fls. 20 a 21).

CONSIDERANDO

Las leyes que fijan la jurisdicción y la competencia de los funcionarios y las que determinan todo lo concerniente a la sustanciación y a la ritualidad de los procesos en materia criminal, ya se trate de normas de carácter permanente o de disposiciones de naturaleza transitoria como las de estado de sitio, no pueden aplicarse, ni producen efecto alguno sino a partir del momento en que entran a regir (art. 40 de la Ley 153 de 1887), principio que corresponde al precepto general del artículo 26 de la Constitución Política, según el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes vigentes al momento de ejecutarse el acto que se imputa y por el Tribunal, en ellas también, previamente señalado como competente salvo la excepción indicada en el inciso 2º del mismo artículo 26.

Constitucional y legalmente bien ejercida la competencia de un funcionario de acuerdo con la ley vigente al momento de cumplir éste sus deberes oficiales y, por consiguiente, adoptadas sus determinaciones legítimamente, resulta empresa temeraria la de pretender la nulidad de sus actuaciones sólo porque una ley posterior la atribuyó a otra persona o entidad o cambió la sustanciación o ritualidad del proceso o sólo porque al ser levantado el estado de sitio las normas permanentes por éste suspendidas, readquirieron vigor y vigencia y dejaron de ser aplicables, a partir de entonces, las transitorias propias de esa situación de anormalidad.

Las nulidades del proceso se presentan por violaciones de las normas legales que establecen las formalidades propias de los juicios en ellas previamente señaladas y no, por supuesto, respecto de normas, leyes o disposiciones futuras, inexistentes o inaplicables al momento de ejercerse la competencia o de surtirse el trámite correspondiente.

Basta leer el expediente para advertir que los hechos materia del proceso se cometieron el día 16 de marzo de 1980 cuando la nación se encontraba bajo estado de sitio (Decreto legislativo número 2131 de 9 de octubre de 1976) y estaba vigente el llamado Estatuto de Seguridad (Decreto legislativo número 1923 de 6 de septiembre de 1978, una de cuyas disposiciones había establecido el juzgamiento de civiles mediante el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra respecto de delitos cometidos por aquéllos contra la vida y la integridad personal de los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 9º), como aquí había ocurrido y por cuya razón el funcionario legalmente competente, la Brigada de Institutos Militares, cumplidas las formalidades propias del juicio y mediante la Resolución número 086 de 16 de julio de 1981, había convocado a Consejo de Guerra Verbal y sometido a la decisión de los vocales los cuestionarios correspondientes.

Levantado el estado de sitio a partir de la media noche del día 19 de junio de 1982 (Decreto número 1674 de 9 de esos mes y año) cesó, desde ese momento, la competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar a los civiles y el asunto, en consecuencia, pasó a los jueces ordinarios quienes la adquirieron para seguir conociendo del proceso y quienes, como consta, lo prosiguieron hasta su culminación respecto del ahora recurrente Eneas Humberto Díaz León.

Como bien lo advierte el Tribunal en la sentencia al referirse a la misma tacha de nulidad que ahora pretende el casacionista:

"...La Sala no comparte desde ningún punto de vista los planteamientos de la defensa, pues dada la calidad del sujeto pasivo —agente de la Policía en servicio activo— y la fecha en que ocurrieron los hechos, el juzgamiento de los hechos punibles investigados era de competencia de la Brigada de Institutos Militares y lo fue hasta el 19 de junio de 1982 a la media noche conforme lo dispuso el Decreto número 1674 de junio 9 del año citado. Y como la actuación realizada por la Brigada se ajustó en un todo a los mandatos procedimentales y legales pertinentes, ya que una vez obtenido el concepto de la Auditoría Auxiliar de Guerra profirió la Resolución número 086 de julio 16/81 convocando el Consejo de Guerra Verbal, el cual se celebró en la fecha y hora convenidas y con la asistencia del personal que se mencionó en la Resolución, gozando el procesado de todos sus derechos y siendo sometidos a consideración de los vocales los cuestionarios que dentro de esta providencia se transcribieron en lo pertinente, encuentra el Tribunal que toda esa actuación es correcta y por consiguiente conservan todo su valor, correspondiéndole a la justicia ordinaria definir la situación de los vinculados para quienes no se encontró mérito para ser sometidos al Consejo de Guerra, evento que ya se cumplió conforme se consignó en el capítulo de Resultandos y proferir la sentencia correspondiente respecto de Eneas Humberto Díaz León..." (fl. 18).

El cargo formulado, en consecuencia, no prospera.

Por ello, 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 de origen, fecha y contenido indicados en ésta.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

DERECHO DE DEFENSA

No se afecta, por omitir, informar al capturado que tiene derecho a nombrar apoderado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Dante Fiorillo Porras.*

Aprobado: Acta número 57.

Bogotá, diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante sentencia de 12 de marzo de 1984, confirmó, sin modificaciones, la de primer grado por medio de la cual el Juzgado 3° Superior de esa misma ciudad condenó a Alejandro Rojas Sanguino 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 providencia del Tribunal interpuso oportunamente el recurso de casación el defensor del condenado, que fue debidamente concedido y más tarde declarado admisible por la Corte y en sustentación del cual el recurrente presentó la respectiva demanda, declarada formalmente ajustada a las prescripciones legales por la corporación.

El Ministerio Público, representado en este asunto por el señor Procurador 2° Delegado en lo Penal, ha contestado la demanda en escrito en el que estima infundados los cargos y en el que, por consiguiente, solicita a la Sala que no case la sentencia recurrida.

RESULTANDO

I. Un breve resumen de los hechos materia del proceso y de la actuación cumplida dentro de éste es el siguiente, contenido en la respuesta dada por el señor Procurador 2° Delegado en lo Penal al escrito de demanda:

"...El 13 de enero de 1983 hacia las siete de la noche, en la comprensión municipal de Tona, vereda 'Vegas del Quemao', sitio 'La Esperanza', Alejandro Rojas Sanguino propinó mortal cuchillada a su vecino y amigo Juan de la Cruz Rodríguez, ocasionándole la muerte por hemorragia aguda ya que la lesión le

interesó profundamente el pulmón izquierdo y la vena y la arteria pulmonares del mismo lado...

"...De iniciar la investigación correspondiente se ocupó el Juzgado Promiscuo Municipal de Tona, y al culminar la etapa sumarial Rojas Sanguino fue comprometido en juicio por el delito de homicidio agravado por cuanto en la comisión del mismo 'se aprovechó de la situación de indefensión o inferioridad en que se hallaba Juan de la Cruz Rodríguez', y sobreseído temporalmente por el punible de hurto en bienes del occiso. Decisión de esta misma naturaleza recayó en las personas de Jaime y Rosalba Rojas Sanguino pero con relación a ambos delitos. En el debate público el jurado de conciencia emitió veredicto condenatorio descartando las respuestas sugeridas por el defensor de Rojas, quien le planteó el homicidio simple o uno preterintencional en su alegato, después de criticar algunas de las pruebas allegadas a la actuación y de razonar sobre las circunstancias en que pudo ocurrir la muerte de Juan de la Cruz Rodríguez...

"...El juzgado del conocimiento acogió el fallo del Tribunal popular e impuso como pena principal al encausado la de 16 años de prisión en sentencia confirmada totalmente por el *ad quem*, al revisarla por apelación... (fls. 21 a 22 cdno. Corte).

II. La sentencia ha sido impugnada con invocación de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual el recurrente formula los siguientes cargos:

PRIMERO

"...En el proceso en referencia en verdad se omitieron algunas formalidades en detrimento del procesado como se demuestra a continuación ...

"...No se dio cumplimiento a los siguientes artículos del C. P. P. 335: 'Investigación tanto de lo desfavorable como de lo favorable al procesado. El funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen'...

"...392 C. P. 'Constancia y verificación de citas del indagado. No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, y se verificarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones' y el 399 C. P. P. 'Procedimiento en caso de confesión. Si el procesado reconociere francamente su participación en el hecho que se investiga, el funcionario continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho: interrogará al procesado acerca de si hubo autores o partícipes, si conoce algunas personas que hubieren presenciado el hecho o tuvieren conocimiento de él y, en general, sobre todo aquello que pueda aclarar a confirmar la confesión'...

"...Ciertamente en la investigación no se dio importancia alguna a lo manifestado en su confesión, por el procesado, a su favor; ciertamente confesó el hecho punible, y realizó el hecho en circunstancias que jamás pueden calificarse de un

homicidio agravado, lo que sucede es que en este sentido, no se hizo nada por comprobar en verdad cuál fue la realidad histórica, simplemente se partió del principio de que el muerto no podía estar armado porque ordinariamente no cargaba cuchillo, pero bien pudo ocurrir que esa noche y a la hora del suceso sí lo tuviera, así fuera propio o ajeno...

"...El procesado en su indagatoria sobre el cuchillo, respondió así: 'Pues ahí sí es que hay una confusión porque es que ese cuchillo sí era mío, porque era que yo se lo había dejado a él, porque era que en el corte de fique él lo había desboquetado y entonces él me dejó uno que era de él y se quedó con el cuchillo que era mío, entonces por eso ese cuchillo lo cargaba Cruz Rodríguez' (Interrogatorio rendido el 20 de enero/83)...

"...Sobre esta afirmación nada se investigó para comprobar si tenía asidero o no en la realidad. Es absurdo, suponer que Alejandro Rojas Sanguino después de haber privado de su vida a Juan de la Cruz Rodríguez, fuese a colocarle en la mano el cuchillo de su propiedad, como para dejar una prueba precisa de que él lo había matado...

"...No se practicó una diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos para comprobar si pudo haber existido una lucha, si allí podía haber elementos a los que pudiera haber echado mano la víctima para agredir o defenderse; no se indagó sobre si Cruz Rodríguez cuando salió esa noche de casa de los Rojas Sanguino en compañía de Alejandro se llevó o llevaba algún cuchillo...

"...Artículo 431. Derecho de defensa desde la captura. El funcionario ante quien fuere llevada la persona capturada, pondrá inmediatamente en conocimiento de ésta el derecho que tiene de nombrar un apoderado para que le asista en todas las diligencias subsiguientes, dejando constancia escrita de ello. Si no quiere o no puede designar apoderado, el instructor se lo nombrará de oficio. Tan pronto sea nombrado, deberá dársele posesión y a partir de la diligencia de indagatoria podrá intervenir en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 434 sobre incomunicación...

"...Nada de esto se observó en el caso de Alejandro Rojas Sanguino, según se puede constar en el expediente directamente, se violó claramente tal disposición...

"...El auto de detención dictado con fecha 24 de enero de 1983 no fue notificado al defensor ni personalmente ni por estado..." (fls. 13 a 15).

SEGUNDO

"...El procesado Rojas Sanguino fue condenado en un proceso viciado de nulidad constitucional con base en el artículo 26 de la Carta Constitucional: por carencia de una adecuada defensa formal, técnica y sustancial...

"...Demostración cargo...

"...El procesado Alejandro Rojas Sanguino, durante la etapa del sumario careció en absoluto de defensa, no existe prueba de que abogado alguno pasase siquiera un memorial para decir o pedir algo en su favor...

"...Así tenemos: 1. No se cumple con lo prescrito por el artículo 431 del C. P. P. como se puede comprobar directamente en el expediente con su sola lectura...

"...2. Para la indagatoria se le nombra a un vecino de la región, que entiende de todo, menos de derecho y con ese señor de oficio o de convidado de piedra se siguió adelante...

"...3. Se le dicta el auto de detención, no se le nombra un profesional del derecho de oficio, se sigue con el mismo vecino del lugar, a quien ni siquiera se le notifica el auto por estados...

"...4. El sindicado dio poder al abogado Gabriel Arenas quien vino a posesionarse el día 4 de febrero de 1983 y ésta fue la única diligencia que hizo, pues, no hizo absolutamente nada en el cumplimiento de su misión, como defensor...

"...5. Se clausuró la etapa sumarial y se calificó el mérito del sumario, sin haber tenido defensa alguna en el sentido técnico-jurídico del vocablo y si existe alguna parte en donde el procesado debe tener defensa, es precisamente en la etapa sumaria donde se realiza la investigación en busca de la realidad histórica y si no tuvo defensa ello quiere decir que toda la investigación se hizo careciendo sustancialmente de defensa el procesado...

"...Y en cambio la parte civil sí estuvo pendiente, acusiosamente aumentando de esta forma la indefensión del procesado, como se puede constatar directamente en el expediente al cual me remito; tanto el Ministerio Público como la parte civil presentaron sendos alegatos previos a la calificación y nadie alegó a favor del campesino Rojas Sanguino quien fue llevado durante todo el proceso como borrego al matadero...

"...6. En la etapa del juicio volvió a ser nombrado por el sindicado el abogado Gabriel Arenas quien renunció casi de inmediato; se le nombró entonces apoderado de oficio, apoderado que sólo vino a intervenir en la audiencia pública, su única intervención vino a ser la de hablar en la audiencia pública; pero eso de hablar en la audiencia pública cuando ya está todo enrumbado en una sola dirección por falta de defensa, es realmente inútil la importancia de la defensa está es en ejercerla en la etapa sumarial que es cuando se puede realmente defender a una persona, no cuando se le entrega a un abogado de oficio para que defienda algo que ya está concluido, que ya no se puede enderezar porque el procesado no tuvo quién le asesorase...

"...Concluyendo: Alejandro Rojas Sanguino careció de la defensa formal, técnica y sustancial que es la que se le encomienda al abogado y de esta forma Rojas Sanguino fue condenado sin que el sagrado derecho de defensa consagrada en nuestra Carta Magna tuviese cumplimiento, violándose en esta forma el artículo 26 de dicha Carta..." (fls. 15 a 16).

III. El señor Procurador 2° Delegado en lo Penal, se ha opuesto a las pretensiones del casacionista fundado en las siguientes consideraciones, con apoyo en las cuales solicita a la Corte que no case la sentencia recurrida.

"...Olvida el censor que la confesión de Rojas Sanguino sobre las circunstancias en que sucedió el hecho materia de la investigación y su autoría, fue lo suficientemente amplia y explícita; que fue reiterada —primero la hizo ante las autoridades de Policía en el municipio de Tona, tres días después del homicidio y una semana más tarde ante el juez instructor—; que la imputación del delito no se basó con exclusividad en dicho medio de prueba sino que la investigación fue exhaustiva y seria y que al concluirla el juzgador adelantó la valoración probatoria correspondiente con apego a la lógica y a las disposiciones legales que rigen la materia. Nada dice el profesional sobre la diligencia de necropsia que da cuenta de la gravedad de la lesión ocasionada a Juan de la Cruz Rodríguez por Rojas Sanguino, y menos aún, sobre la naturaleza de las excoriaciones 'al parecer causadas por arañazos', de que se ocupa la constancia de reconocimiento médico a éste (fl. 62 cdno. pp.) y que por sí sola desvirtúa cualquier duda sobre el aprovechamiento por parte del agresor de la situación de indefensión de la víctima, cuya única y endeble arma frente a la de su atacante, y seguramente ya herida, fue la más natural y propia de la sorpresa: sus uñas...

"...Huelga preguntarse entonces cómo se desconoció el debido proceso en este caso, qué trascendencia en favor de su patrocinado tenía una inspección judicial al sitio de los hechos, y de dónde puede llegar a pregonarse siquiera la posibilidad de una lucha entre atacante y occiso. El reproche a la sentencia no pasa de ser una apreciación personal sin mayor análisis del demandante... (fls. 24 a 25).

Cargo segundo

"...El señor Rojas Sanguino contó con la asistencia profesional debida y en el momento procesal en que más la requería. Su defensor oficioso —el nombrado por él, renunció sin haber actuado y de ello no puede responsabilizarse al juzgador— hizo una alegación durante la audiencia pública, que no por ponderada dejó de ser profunda y reveladora de un genuino cuidado a la causa y de lealtad a los intereses que por ministerio de la ley se le encomendó atender. Quiso, y así con argumentos serios se lo planteó al Juri, que el veredicto fuera dentro de lo posible favorable, y si no lo logró fue por la abrumadora evidencia probatoria ampliamente reseñada en el auto enjuiciatorio de cuyo contenido obviamente se enteró el jurado de conciencia y a la cual en su oportunidad hicieron referencia tanto el Ministerio Público como el apoderado de la parte civil...

"...De otra parte, sabido es que la asistencia calificada en un proceso penal surte sus mejores efectos en la fase del plenario, no en la sumarial. La razón es que ésta es de mera recopilación de elementos de juicio con miras a la formulación del o los cargos a través del auto de proceder —si hay lugar— y que por tanto, si no se conoce la acusación concreta, la defensa carece de eficaces medios de manifestarse. Durante el juicio tienen el procesado y su defensor el derecho de pedir las pruebas que consideren necesarias para demostrar su inocencia o irresponsabilidad, y en fin las circunstancias que puedan beneficiar —al primero—, ya sobre bases firmes. En el sumario, si bien algunas determinaciones pueden afectarlo sensiblemente, como por ejemplo el auto de detención, tampoco su apoderado está en condiciones de profundizar en un planteamiento defensivo por elementales motivos de orden práctico, la más importante: no hay debate propiamente dicho...

CONSIDERANDO

Primer cargo

El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de que no se dio cumplimiento a los artículos 335, 392, 399, 431 del Código de Procedimiento Penal, porque el funcionario de instrucción no investigó con igual celo tanto los hechos que agravaban la responsabilidad del procesado, como los que la eximían de ella o la extinguían o atenuaban, ni verificó las citas del indagado en lo relativo al cuchillo encontrado en una de las manos del occiso, ni practicó inspección judicial al lugar de los hechos para comprobar si entre ellos hubo lucha o no, ni dejó constancia escrita de que al procesado se le hubiese informado de su derecho a nombrar un apoderado para la indagatoria ni, por último, el auto de detención le fue notificado personalmente ni por estado al "defensor".

A este respecto la Sala,

CONSIDERA

No es cierto que los funcionarios que tuvieron a su cargo la investigación hayan omitido investigar con igual celo tanto las circunstancias que agravaban la responsabilidad del procesado como las que lo eximían de ella o la extinguían o atenuaban, pues de la lectura atenta de cada una de las exposiciones juradas de las personas que testimonian en el sumario, se advierte que se les interrogó sin limitaciones de ningún género, extensa y prolijamente, sobre el conocimiento que tuvieron de los hechos, y si bien es cierto que ninguna de ellas presenció su ocurrencia, pues el reato se cometió estando solos víctima y victimario, no lo es menos que todas gozaron de la más absoluta libertad para referirse a sus antecedentes, tal como fueron presenciados por ellos antes de producirse el desenlace fatal; tampoco hubo limitación a las citas que el procesado quiso hacer en su indagatoria y tanto las declaraciones sobre su conducta, como las que se indican en otra pruebas del proceso, fueron oportunamente atendidas, decretadas y practicadas por el juez, como sucedió con Julio Horacio Villamizar (fl. 99), José del Carmen Herrera (fl. 73), Rosario Rojas (fl. 52), Rosalba Rojas (fl. 105), Jaime Rojas, Nicolás Osuna (fls. 124 vto. al 125 vto.) y otros, con excepción de la señora María Sanguino, quien fue localizada pero no pudo declarar, dado el sitio apartado en el que vivía y su edad proyecta, como se informa en el expediente (fl. 132); de igual modo, las circunstancias alegadas por el procesado en su confesión calificada, fueron oportunamente consideradas, pues después de la indagatoria se practicaron numerosas pruebas analizadas por el juez de primera instancia en forma extensa y conforme con las cuales resultó posible desechar la supuesta legítima defensa alegada por el acusado y dejar por probado que el cuchillo encontrado en las manos del occiso, cuando se practicó el levantamiento del cadáver, no pertenecía a éste sino al victimario; la inspección judicial que el recurrente echa de menos y que éste estima que debió practicarse para demostrar una posible lucha con el procesado, no tiene la importancia que le asigna el censor, ni su omisión acarrea nulidad legal ni constitucional alguna como lo pretende éste; sí es cierto, de otra parte, que el auto de detención no se notificó personalmente al apoderado que se le nombró al procesado en la diligencia de indagatoria, no lo es menos que esa forma de notificación no era necesaria pues, por disposición legal la notificación a los apoderados como a los

procesados no detenidos, se hace personalmente sólo si éstos se presentan a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia; en caso de no hacerlo, las sentencias se notifican por edicto y los autos por estado, como lo dispone el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal y se cumplió en este proceso, contra lo que sostiene el recurrente, como puede verse en el informe secretarial correspondiente (fl. 101 cdno. princ.).

No prospera, por tanto, el primer cargo.

Segundo cargo

El proceso también es nulo, agrega el casacionista, porque al momento de la captura no se le hizo saber al procesado el derecho de nombrar un apoderado, ni se dejó constancia escrita de ello, ni para la indagatoria se le designó a un abogado, sino a un vecino de la región a quien, además, no se le notificó el auto de detención ni personalmente, ni por estado; tampoco se le designó al procesado un apoderado al dictarse esa providencia, ni el defensor que nombró el encausado cumplió su misión, pues renunció casi inmediatamente, en tanto que el que le fue designado de oficio intervino únicamente en la audiencia pública, cuando ya todo estaba consumado.

Sobre este cargo la Sala,

CONSIDERA

Cierto es que el procesado, a tiempo de ser capturado, no fue informado del derecho que le asistía de nombrar un apoderado o, al menos, que en el proceso no se dejó constancia expresa de que se le hubiera hecho esta prevención, pero ni lo uno ni lo otro constituye causal legal o constitucional de nulidad si en la indagatoria esa omisión fue subsanada y no se produjo perjuicio alguno al aprehendido con anterioridad a esta diligencia fundamental; el juez estuvo igualmente ajustado a la ley cuando designó a un ciudadano honorable de la región para asistir al sindicado en la diligencia de indagatoria, a falta de abogado titulado en la región como lo dispone el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, pues si el funcionario no hubiese procedido así y hubiese indagado sin apoderado, abogado o no, el quebranto del derecho del procesado, la nulidad de la diligencia y sus consecuencias procesales habrían sido, entonces sí, manifiestos; ninguna norma penal establece que al proferirse auto de detención deba nombrarse al procesado un apoderado de oficio como debe hacerse para la indagatoria, para los careos y para cualquier otra diligencia en la que se requiera la presencia de aquél, ni tampoco, por último, puede alegarse falta de defensa porque las alegaciones del encargado de ejercerla, ya sea abogado de confianza o de oficio, no hayan logrado convencer al jurado de conciencia o a la mayoría de sus miembros, de la inocencia del acusado.

Los argumentos del casacionista carecen de fundamento.

Tampoco prospera este último cargo ni, por consiguiente, la demanda.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

HABEAS CORPUS

Se prevarica cuando se concede sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley. Dos casos: Cuando exista proceso y cuando no exista. Requisitos generales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 57.

Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Previa fijación en lista y traslado al Ministerio Público, llegan las diligencias a la Sala para resolver el recurso de apelación interpuesto, subsidiariamente al de reposición, por el procesado José Antonio Valderrama Molano, ex-Juez Primero Penal Municipal de Bogotá, contra la providencia del 25 de mayo del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por medio de la cual se le llamó a responder en juicio criminal por el delito de prevaricato.

HECHOS

En un averiguatorio disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial contra el Juez 1° Penal Municipal de Bogotá, doctor José Antonio Valderrama Molano, se dispuso enviar copias de lo pertinente al Tribunal Superior de este Distrito Judicial con el fin de que se investigara la infracción penal en que hubiera podido incurrir dicho funcionario al declarar procedente una petición de *Habeas Corpus* con desconocimiento de los artículos 420 y 421 del Código de Procedimiento Penal.

RESULTANDOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al proferir el auto de proceder que, luego de negado el recurso de reposición, es materia de alzada ante esta corporación, analizó pormenorizadamente el recaudo probatorio tenido en cuenta para ello, y concluyó que la conducta del juez acusado "se adecúa dentro de los parámetros del artículo 149 del C. P.". Y no se atendieron las explicaciones dadas por éste en el sentido de que su providencia del 24 de agosto de 1983 (materia de las presentes diligencias), por medio de la cual declaró procedente el pedimento de

Habeas Corpus a favor de Guillermo Rojas Ferro, era una ratificación de la decisión tomada en su providencia del 18 del mismo mes y año. Y estas manifestaciones no fueron atendidas por el Tribunal de instancia por tratarse de dos hechos distintos, bajo procesos completamente diferentes.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el correspondiente traslado, solicita a la Corte sostener el auto apelado por cuanto la providencia del 24 de agosto de 1983 fue contraria a la ley y el juez acusado la profirió a sabiendas de su ilicitud, lo que se desprende del conocimiento oportuno que tuvo y de las normas aplicables.

Se considera

La providencia del 18 de agosto de 1983 hacía relación a un proceso por fraude mediante cheque en el cual se dispuso, por el Juzgado 54 Penal Municipal de Bogotá, la cesación de todo procedimiento en favor de Guillermo Rojas Ferro; pero ante la omisión de cancelar su captura se hallaba privado de libertad, y por ello prosperó el pedimento de *Habeas Corpus*.

En cambio, sobre la providencia del 24 de agosto de 1983, se halla demostrado plenamente que el juez acusado tenía conocimiento de que el Juzgado 69 de Instrucción Criminal, en virtud del sumario por secuestro y homicidio de Keneth Bishop, había ordenado la captura de Guillermo Rojas Ferro con fecha agosto 19 de 1983, y que ésta se había realizado a las 12 del día siguiente; que se le había oído en indagatoria el 22 de los mismos y, además, que dentro de los términos procesales le sería resuelta su situación jurídica. Esta situación fue conocida por el juez acusado a las 9 y 55 de la mañana del 23 de agosto de 1983, a través del oficio 2756 de la misma fecha.

En las condiciones anteriores *la captura de Guillermo Rojas Ferro no era violatoria de la ley; se efectuó bajo las formalidades legales y, además, al momento de su liberación no existía, para ello, vencimiento alguno de los términos legales, luego no era lícito que el juez acusado hubiera dispuesto la procedencia del pedimento de* Habeas Corpus *y, como consecuencia, la libertad de aquél. Tal decisión, así tomada, se presenta como manifiestamente contraria a la ley.*

Ese derecho de amparo de la libertad individual, que es el Habeas Corpus, *se otorga a toda persona que se halle capturada o detenida, por más de 48 horas, sin las formalidades legales; pero éstas, debe entenderse, hacen relación a que exista o no exista proceso: En el primer evento deben cumplirse los términos fijados en los artículos 434, 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal y a los cuales hace referencia el artículo 421* ibídem. *En el segundo, en cambio, basta la comprobación de esa precisa circunstancia del vencimiento de las 48 horas y la no existencia del proceso.*

En el caso sometido a la consideración de la Sala se violaron por el juez acusado los términos fijados por las ya citadas disposiciones legales. En consecuencia, y por hallarse ampliamente analizados por el Tribunal de Instancia los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, que aquí se presentan, se ajusta a derecho su decisión enjuiciatoria por el delito de prevaricato.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

EXTRADICION DE NACIONALES
CASOS DE CONCESION FORZOSA

a) Actos realizados en territorio de ambos Estados. Fundamentalmente deben tener estrecha relación con el delito o delitos cometidos en el Estado reclamante.

b) Sentencia condenatoria en el país requirente. La solicitud debe referirse al delito o a los delitos que motivaron esa sentencia.

La concesión obligada de la extradición no comporta declinatoria de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobada: Acta número 59.

Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Mediante Nota Verbal número 699 del 17 de septiembre de 1984, la Embajada de los Estados Unidos de América solicita al gobierno de Colombia la extradición del ciudadano colombiano José Santacruz Londoño de acuerdo con las estipulaciones consagradas en el Tratado de Extradición suscrito por ambos países en Washington el 14 de septiembre de 1979, aprobado por Colombia con la Ley 27 de 1980 y vigente a partir del cambio de ratificaciones verificado el 4 de marzo de 1982.

Aduce la embajada que contra Santacruz Londoño la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Medio de Florida (Orlando), profirió el auto de acusación número 83-120-Cr-Orl.-17 del 21 de octubre de 1983, por haber importado de Colombia a su territorio, más de 1.500 libras de coca en complicidad con otros. Igualmente, hace relación a otro auto de acusación dictado con anterioridad por la Corte del Distrito Este de New York (Brooklyn) bajo la sindicación de ser el encargado de supervigilar la distribución de droga en esa ciudad, Los Angeles y Miami.

1. LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS

a) Se afirma que Santacruz Londoño y otros, transportaron desde Cali (Colombia) en avión más de 200 libras de cocaína a Deland, Florida (EE.UU.) en donde fue confiscada el 13 de diciembre de 1981;

b) Se asevera que Santacruz Londoño y otros, transportaron desde Colombia en la motonave "Sineboye" más de 1.300 libras de cocaína a Tampa, Florida (EE.UU.) en donde fue decomisada el 17 de agosto de 1983.

Estos dos hechos se encuentran ampliamente corroborados y detallados en las exposiciones bajo juramento de Kathleen A. O' Malley, Fiscal Asistente en el Distrito Central de Florida, y Douglas Ball, Agente Especial de la D.E.A.

2. Auto de proceder y doble incriminación

En perfecta armonía con los hechos precedentes la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Central de Florida, División Orlando, dictó el 21 de octubre de 1983 el auto de acusación número 83-120 Ca-Orl.-17, equivalente al auto de proceder del Procedimiento Penal Colombiano, en el que se le formula a José Santacruz Londoño (conocido también como: Víctor Crespo, Oscar Saavedra, Ramón Palacios, Pedro Pomales, Antonio Veloza y Antonio Villa), los siguientes cargos:

Cargo I

"...a sabiendas e intencionalmente importó e hizo importar a Deland, en la División Orlando del Distrito Central de Florida, en los Estados Unidos, más de doscientas (200) libras de sustancia controlada bajo la Lista II, cocaína, en violación del Título 21, Código de los Estados Unidos, Sección 952 (a) y del Título 18, Sección 2 del Código de los Estados Unidos...".

Cargo II

"...a sabiendas e intencionalmente importó e hizo que se importara a Tampa, en la División de Tampa, Distrito Central de Florida, en los Estados Unidos, más de un mil trescientas (1.300) libras de sustancia controlada bajo la Lista II, cocaína, en violación del Título 21, Sección 952 (a) del Código de los Estados Unidos, y del Título 18, Sección 2 del Código de los Estados Unidos...".

Como bien puede observarse, ambas imputaciones corresponden a la conducta prevista y sancionada en Colombia por el inciso 1° del artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) que dispone:

"...El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, 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 psíquica, incurrirá en presidio de tres a doce años y en multa de cinco mil a quinientos mil pesos...".

En consecuencia, se dan los requisitos del auto de proceder y de la doble incriminación a que se refieren los artículos 9-3-a y 2 del Tratado.

3. Alegación de la defensa y respuesta

Sostiene el defensor que el artículo 1º del Tratado establece la extradición de concesión obligatoria para personas extranjeras con respecto a ambos contratantes y para nacionales del Estado requirente; y que el artículo 8º del Tratado consagra la extradición de concesión no obligatoria o simplemente discrecional de nacionales del Estado requerido.

Bajo esta singular concepción afirma que en el primer evento que contempla el artículo 8º (a) es requisito indispensable que los actos realizados por el nacional del país requerido sólo tengan el carácter de preparatorios y no constituyan delito en sí mismos, porque en tales casos el infractor debe ser juzgado allí "...por acatamiento de la soberanía nacional que en parte alguna el Tratado pretende desconocer...". En consecuencia, concluye que para que proceda la extradición de un nacional es necesario que haya sido condenado a privación de la libertad por un tiempo no inferior a un año y por alguno o algunos de los delitos señalados en el Tratado que se hubiere o hubieren perpetrado en territorio del país reclamante, pues, en su concepto, "...No basta un auto de proceder, ni aún una declaratoria de responsabilidad, sino que se exige un pronunciamiento jurisdiccional de mérito que ponga fin de manera definitiva al proceso penal...".

Al aplicarse este enfoque hermenéutico del Tratado el defensor advierte que "...a José Santacruz Londoño se lo imputa por haber realizado actos delictivos en el territorio nacional como es el de haber sacado de él la cocaína con destino a los Estados Unidos, el cual lleva implícito otros hechos punibles fácilmente predecibles como son los de compra, transporte, almacenamiento y quizá el de concierto para delinquir.

"Se lo coloca entonces como autor de varios hechos punibles realizados en el territorio nacional y que culminaron en los Estados Unidos en un solo delito como fue el de la importación ilegal de cocaína, pues este es el único cargo que se le hace en la acusación del gran jurado.

"La imputación que se le hace a mi poderdante por lo que a Colombia toca, es la de verdaderos y graves delitos y no de actos preparatorios que no hubieren tenido principios de ejecución y que por lo tanto pudieran catalogarse como de atípicos.

"Por modo y manera, honorables magistrados, que la conducta atribuida al señor Santacruz Londoño cae bajo la entera e íntegra jurisdicción nacional y por tanto aquí debe ser investigado, procesado o juzgado y no en el exterior. Lo contrario sería realizar una innecesaria declinatoria de jurisdicción...".

El defensor ha hecho así un planteamiento equivocado. En efecto:

Colombia y los Estados Unidos de América pactaron soberanamente lo concerniente a la extradición de sus nacionales estableciendo como regla general, en el artículo 8º del Tratado, que "...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...". Y, a renglón seguido al expresar que "...Sin embargo, se concederá la extradición de nacionales, de conformidad con las disposicio-

nes del presente Tratado, en los siguientes casos...", consagraron, de modo expreso, las dos únicas excepciones a esa regla general, a saber:

"...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...".

Es decir, que sólo en estos dos eventos la extradición de nacionales es de concesión forzosa.

Ahora bien, ¿cómo se entienden correctamente estas dos excepciones dentro del contexto del Tratado?

En el primer caso (a) es necesario que el delito por el cual se solicita la extradición comprenda actos realizados en el territorio de ambos Estados. Si bien estos actos, en sí mismos considerados, llegan frecuentemente a constituir hechos punibles, lo fundamental es que tengan estrecha relación con el delito o delitos cometidos en el Estado reclamante; además, se requiere que la petición no verse sobre delitos políticos o de naturaleza estrictamente militar; que la persona reclamada no haya sido juzgada y condenada o absuelta por el Estado requerido por el mismo delito que motiva la solicitud de extradición; y que la acción penal o la pena impuesta no se encuentren prescritas de conformidad con las leyes del Estado requirente (arts. 4º, 5º y 6º del Tratado).

En el segundo (b), se impone que el nacional haya sido condenado en el país reclamante por el delito por el cual se solicita su extradición, esto es, que se le haya dictado sentencia de condena por delitos que no encajen dentro de ninguna de las previsiones impedientes anteriormente señaladas (arts. 4º, 5º y 6º del Tratado).

Sin duda, la exigencia de sentencia condenatoria para que se cumpla a cabalidad este caso, pone de manifiesto que en el primero (a) sólo se necesita que el nacional haya sido procesado, no condenado en el país requirente por el delito en que se funda la solicitud de extradición (art. 1º del Tratado).

La concesión obligada de la extradición no comporta una "declinatoria de jurisdicción" cuando los actos ejecutados en uno de los dos Estados contratantes del cual es nacional el reclamado constituyen delito o delitos per se, *pues cabe igualmente afirmar que aplicada esa hipótesis al otro Estado se produciría el mismo fenómeno presuntamente antijurídico que destaca la defensa. Esto significa que los Estados pactaron con absoluta reciprocidad esa materia y que, por consiguiente, toda censura al respecto resulta infundada.*

4. Legalidad de la extradición

Esta solicitud de extradición se ajusta a las previsiones del Tratado, por las siguientes razones: a) No se refiere a delitos militares o de carácter político, o que tengan conexión con éstos; b) No están sancionados con pena de muerte en el país reclamante; c) No se presenta violación del principio *non bis in idem;* d) No se ha producido el fenómeno de la prescripción de la acción penal; e) No hay duda respecto de la identidad de la persona reclamada, y f) Se está en presencia de la doble incriminación.

Por consiguiente, no se presenta en este caso ninguno de los eventos que impiden conceder la extradición señalados por los artículos 4º, 5º, 6º y 7º del Tratado de Extradición.

Se dará, entonces, concepto para la extradición de José Santacruz Londoño con la precisión de que ésta sólo se otorga por la conducta punible consistente en haber importado y haber hecho importar más de 1.500 libras de cocaína a territorio de los Estados Unidos de América procedentes de Colombia con violación del Título 18, Sección 2 y del Título 21, Sección 952 (a) del Código Penal de ese país.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, CONCEPTÚA FAVORABLEMENTE *a la extradición del ciudadano colombiano José Santacruz Londoño quien presumiblemente reside en Colombia.*

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

INIMPUTABILIDAD

Para que tal situación se presente, debe ser cabalmente comprobada mediante pericia médica, no siendo suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su existencia debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 59.

Bogotá, D.E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pablo Alfonso Morales Guerrero contra la sentencia de 23 de julio de 1982, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil reformó la dictada el 7 de diciembre de 1981 por el Juzgado Segundo Superior de ese distrito, para condenarlo en definitiva a veintitrés años de prisión como autor responsable de los homicidios agravados cometidos, en concurso de hechos punibles, en los esposos Martín Cepeda y Encarnación Cruz de Cepeda. En la misma sentencia fue también condenado su hermano Luis Calixto Morales Guerrero a la pena de veintidós años de prisión, como coautor de los mismos delitos.

Este último interpuso, igualmente, el recurso de casación pero como la demanda presentada a nombre de ambos, por apoderado especialmente constituido, únicamente examinó la situación jurídica de Pablo Alfonso Morales Guerrero, y dentro del término de traslado al procesado Luis Calixto no fue presentado a su nombre el correspondiente libelo, la Sala declaró ajustada la demanda en cuanto al primero y desierto el recurso en relación con el segundo (fl. 21 del cdno. de la Corte).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Resulta del expediente que la tarde del 28 de marzo de 1980, en la vereda "San José", jurisdicción del municipio de Coromoro (Santander), los esposos Martín

Cepeda y Encarnación Cruz de Cepeda se dirigían a su finca y al pasar por una callejuela que atraviesa predios de Luis Calixto Morales Guerrero, quien se encontraba en compañía de su hermano Pablo Alfonso Morales Guerrero, se suscitó un altercado verbal provocado por Martín el que fue seguido de un cruce de disparos entre éste y Luis Calixto.

Agotada la carga de las armas que portaban los contendientes, los hermanos Luis Calixto y Pablo Alfonso persiguieron a los esposos Cepeda Cruz habiéndoles dado alcance en el sitio denominado "El Pedregal" donde les propinaron múltiples machetazos que les ocasionaron la muerte.

El mismo día de los sucesos el Alcalde Municipal de Coromoro practicó el levantamiento de los cadáveres y dio comienzo a las primeras diligencias, entre las cuales se cuenta la indagatoria o exposición rendida por Juan Córdoba Morales (fl. 21 del cdno. número 1), pariente y amigo de los hermanos Morales Guerrero, quien orientó la investigación sobre cauces seguros.

Remitida la actuación al Juzgado Promiscuo Municipal de Coromoro, por auto del 7 de abril del mismo año se dispuso la apertura del proceso y se oyó nuevamente en indagatoria a Juan Córdoba Morales y se practicaron numerosas pruebas, las que fueron complementadas por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de San Gil.

El 12 de abril de 1980, Pablo Alfonso Morales Guerrero se presentó a las autoridades y fue oído en indagatoria el 17 de los mismos mes y año, oportunidad en la que, después de relatar detalladamente los hechos que precedieron a la tragedia, manifestó que Martín Cepeda le había pegado un "calibrazo" en la cabeza a consecuencia del cual perdió el conocimiento por varias horas sin recordar lo sucedido (fls. 126 y ss. del cdno. número 1). Pero ya en la diligencia de inspección judicial sobre reconstrucción de los hechos y en ampliación de indagatoria abandona esta posición, pues no solamente recuerda y narra todo lo sucedido, sino que llegó hasta afirmar lo siguiente:

"Güeno, en la primera indagada yo me indagué sí que había perdío el sentío pero en realidá no era verdá porque era que Juan me había dicho que dijera que había perdío el sentío pa' que no lo metiera a él pero yo no era que le iba a esperar plata ni a tapar ese crimen, tampoco, porque a mí no me gusta ser alcahuete de vainas y yo de puro pendejo me dejé creer de él pero la verdad que estoy diciendo así fue" (fls. 249 a 250 vto. y 259 del cdno. número 1).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Segundo Superior de San Gil, mediante providencia del 17 de septiembre de 1980 (fls. 1 a 27 del cdno. número 2), llamó a responder en juicio, con intervención de jurado de conciencia, a los hermanos Pablo Alfonso y Luis Calixto Morales Guerrero como coautores de homicidio en Martín Cepeda y Encarnación Cruz de Cepeda, con las circunstancias de agravación punitiva contempladas en los numerales 5° y 7° del artículo 363 del anterior Código Penal, para el primero, y la del numeral 5° del mismo artículo para el segundo, pronunciamiento que fue apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de San Gil, mediante proveído del 13 de marzo de 1981 (fls. 64 a 80 *ibidem*).

En la audiencia pública, la que se inició el 19 de noviembre de 1981 y concluyó el 23 de los mismos mes y año, el jurado de conciencia afirmó la responsabilidad del procesado recurrente Pablo Alfonso Morales Guerrero y la de su hermano Luis Calixto (fls. 135, 136 y 153 *ibidem)*, en veredictos que, interpretados y acogidos por el juez del conocimiento como simplemente afirmativos de culpabilidad según los términos en que fueron redactados los cuestionarios (fls. 187 a 189 del cdno, número 2 y 39 a 46 del cdno. del Tribunal), sirvieron de fundamento a la sentencia del 7 de diciembre del mismo año, en la que se les condenó a las penas principales de 24 años 6 meses de prisión y 23 años de prisión, respectivamente (fls. 157 y ss.), fallo que, al ser apelado por los procesados y su defensor, fue confirmado por el Tribunal Superior de San Gil, con la reforma en cuanto a la pena, mediante el que ahora es objeto de análisis en virtud del recurso extraordinario que se decide.

Las siguientes fueron las respuestas a cada uno de los cuestionarios, en los cuales se preguntó al jurado por la responsabilidad de los procesados en los homicidios de los esposos Cepeda Cruz, cometidos con intención de matar y con la circunstancia de agravación punitiva de la indefensión, para ambos, y la sevicia, además, en el caso de Pablo Alfonso Morales:

Respecto de Calixto o Luis Calixto Morales Guerrero, "sí es responsable en estado de ira e intenso dolor" (2 votos), "Sí es responsable" (1 voto).

En relación con Pablo Alfonso Morales Guerrero, "sí es responsable" (2 votos), "sí es responsable en estado de ira e intenso dolor" (1 voto).

DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de la causal cuarta de casación del artículo 580 del C. de P. P., se acusa la sentencia impugnada por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de carácter supralegal y se le formula como único cargo el de haberse omitido una de las formalidades del debido proceso cual era el reconocimiento psiquiátrico del sindicado, por peritos forenses, para establecer su estado de sanidad mental al momento de ejecutar los hechos por los que se le condenó, pretermisión claramente violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con los artículos 335, 392, 411 y 412 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce el recurrente que su patrocinado, al momento de rendir indagatoria, puso de presente al funcionario instructor "que tenía un hermano que siempre le fallaba la cabeza; que hacía unos dos años en la montaña le había caído un palo en la cabeza, habiendo perdido el sentido con fuerte hemorragia nasal; y que cuando hace mucho ejercicio le sobreviene nuevamente hemorragia nasal. En la misma diligencia subrayó que al recibir un calibrazo de manos del hoy occiso Martín Cepeda, también lo había perdido por un lapso de unas cuatro horas" (fls. 128 fte. cdno. número 1).

"No obstante tales revelaciones –agrega–, el señor juez instructor no ordenó el examen psiquiátrico o por peritos médicos del implicado, señor Pablo Alfonso Morales Guerrero, como era su deber ineludible y tampoco lo hizo el señor Juez Segundo Superior de San Gil, para establecer, repito, no si al momento de los hechos pudo haber perdido el conocimiento como consecuencia de los golpes de revólver que recibió, sino si se trataba de un enfermo mental permanente o transitorio".

Sostiene que, con tan protuberante vacío probatorio y sin haberse aclarado el aspecto relativo a la normalidad o anormalidad del acusado, el juez del conocimiento y el Tribunal Superior lo llamaron a juicio y lo condenaron, pasando por alto su enfática afirmación en el sentido de haber recibido un fuerte golpe en la cabeza a consecuencia del cual perdió el conocimiento.

Apoyado en jurisprudencia de la Corte, relacionada con la necesidad de someter al sindicado a la observación de facultativos cuando presenta indicios de perturbación de su psiquismo, concluye solicitando la infirmación del fallo acusado para que se invalide el proceso a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, con el objeto de que se le practique el correspondiente examen médico-psiquiátrico.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia recurrida por cuanto "no aparece prueba alguna que permita suponer siquiera que Pablo Alfonso Morales al cometer los hechos delictivos por los que fue condenado padecía de trastorno mental. Y, de otro lado, la defensa en las diversas oportunidades en que intervino en el curso del proceso no pidió la práctica de un examen médico a este acusado, como ahora inopinadamente se solicita en la demanda de casación".

Recuerda el procurador que fuera del dicho del sindicado recurrente de haber perdido el sentido por un golpe que sufrió en la cabeza dos años antes de los acontecimientos investigados "no existe en el proceso un solo elemento de convicción que al menos insinúe una perturbación o trastorno mental en dicha persona". Hace hincapié el representante del Ministerio Público en el hecho de que al ampliar su indagatoria después de atribuir las muertes violentas a su pariente Juan Córdoba, explicó que éste le había aconsejado referirse a la pérdida del conocimiento por el calibrazo recibido, lo que no era verdad (fl. 259 del cdno. número 1).

Consideraciones de la Corte

Para que se pueda ubicar el comportamiento de un procesado dentro del marco de la inimputabilidad se precisa acreditar que al momento de realizar el hecho no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez psicológica o a trastorno mental (arts. 29 del anterior Código Penal y 31 de la nueva codificación).

Una tal situación, que acarrea consecuencias de carácter punitivo y procesales de significación, como que el procesado no sería sujeto de penas sino de medida asegurativa y su juzgamiento no podría hacerse con intervención de jurado de conciencia cuando el caso requiere esta ritualidad, debe ser cabalmente comprobada sin que basten para su reconocimiento simples afirmaciones o meras alusiones en relación con su existencia.

Desde luego que la forma idónea para esa verificación es la del examen psiquiátrico y de allí la previsión, en ese sentido, del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, a su vez, para que sea imperioso el ordenamiento de la pericia médica, tampoco es suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su

posibilidad debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del presunto inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento. Así lo ha venido reiterando la Corte.

Por ejemplo, al analizar la omisión del dictamen como motivo de posible nulidad dijo en sentencia de 25 de octubre de 1983, en la que transcribió apartes de otra de julio de 1975, lo siguiente, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

"La ausencia del examen psiquiátrico del procesado sólo es causal de nulidad cuando existen válidos elementos de convicción que permitan suponer fundadamente que éste se encontraba, al momento de la comisión del hecho, en situación de inimputabilidad. No basta pues, la simple afirmación de que se padece una anomalía psíquica para proceder a decretar el examen, sino que es indispensable que el proceso arroje motivos valederos para disponerlo. Al respecto dijo la Corte:

" 'En distintas orportunidades ha dicho la Sala y lo reitera en la presente, que el examen de un imputado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, es potestativo del juez, quien sólo puede proceder a ordenarlo cuando observe indicios de que existen esas situaciones. Ahora bien, no puede en tales casos tratarse de cualesquiera indicios sino de aquellos que, en forma vehemente hagan sospechar la presentación de tales estados de anormalidad psíquica' " (Casación de 31 de julio de 1975. Magistrado sustanciador doctor Luis Enrique Romero Soto).

Y al ocuparse de los alcances del artículo 411 del C. de P. P., dijo la Sala en sentencia de 13 de octubre de 1982, con ponencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, lo siguiente:

"Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritaciones psiquiátricas siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental; esa es la razón de ser del artículo 411 del C. de P. P. La importancia de su cumplimiento radica —como ya lo ha advertido la Sala— en que reconocida la inimputabilidad del procesado a quien se le imputa conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se llama a responder a ella, despréndense dos consecuencias notables: 'Una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención del jurado aún respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad'. Por eso 'cuando a sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen psiquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario —con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera— incúrrese en nulidad constitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente preestablecidas' " (Casación de agosto 11 de 1981).

En el presente caso, como bien lo anota el Procurador Delegado, no existe prueba atendible que permita suponer razonadamente que Pablo Alfonso Morales Guerrero al momento de ejecutar los hechos punibles por los que fue llamado a juicio y condenado, se encontrara en situación de inimputabilidad por trastorno mental que hiciese imperativa la práctica de pericia psiquiátrica.

La única información al respecto la suministró el sindicado al momento de rendir indagatoria cuando dijo que dos años antes de los sucesos sufrió un golpe en la cabeza que le produjo pérdida del conocimiento y hemorragia nasal.

Ninguno de sus familiares y conocidos dan cuenta de trastornos en su psiquismo o en su vida afectiva o de relación que permitieran vislumbrar siquiera la posibilidad de tenerlo que tratar como inimputable.

A este respecto basta con examinar las versiones de las personas a quienes él indicó como conocedores de su conducta, las cuales depusieron sobre ese aspecto sin hacer el más mínimo comentario en cuanto a posibles comportamientos psíquicos anormales que hubiese él registrado en tiempo anterior.

Fueron ellas: José Tiburcio Durán, Guillermo Amaya y Gerardo Amaya, quienes dijeron conocerlo quince años, cinco años y veinticinco años atrás, respectivamente (fls. 126 vto. 154, 162 y 163 vto. del cdno. número 1).

En cuanto a la pérdida del conocimiento, circunstancia que inicialmente afirmó el procesado Pablo Alfonso Morales en su indagatoria, como consecuencia del "calibrazo" que le propinó Martín Cepeda en la cabeza con la cacha del revólver, cabe anotar que además de haber rectificado posteriormente esa posición, como se dejó dicho, el funcionario instructor se preocupó por hacerle practicar el reconocimiento médico legal de las lesiones que él exhibió y por indagar acerca de sus posibles consecuencias en su comportamiento psíquico. El siguiente fue el dictamen:

"Las heridas contusas recibidas en la cabeza por las características que presentaban son de carácter leve que no alcanzan a producir pérdida del conocimiento, ni amnesia" (fls. 149, 153 y 181 del cdno. número 1).

El comportamiento del inculpado a raíz de la tragedia, al evadir la acción de la justicia para venirse a presentar quince días después de sucedidos los hechos; la circunstancia ampliamente confirmada de haber colocado la "macheta descachada" con que ultimó a sus víctimas, en la mano derecha del cadáver de Martín Cepeda (fls. 2, vto. 24 vto., 54, 56, 61 vto., 64 vto. y 252 vto., entre otros, del cdno. número 1); el hecho igualmente establecido de enviar a la cárcel municipal de Coromoro una nota dirigida a su primo Juan Córdoba en la que le aconsejaba la forma como debía declarar planteando una legítima defensa (fls. 42, 117 y 122 *ibidem*); y la claridad, lucidez y habilidad mental con que rindió sus descargos acudiendo inicialmente al recurso de manifestar que perdió el conocimiento por el "calibrazo" recibido en la contienda, descartan de plano la posibilidad de situar su conducta en el terreno de la inimputabilidad y ponen de presente, por el contrario, lo reprochable de su consciente proceder.

El pretendido trastorno mental tan ponderado por el abogado recurrente, pasó inadvertido para quienes representaron la defensa en las instancias, profesionales que

en ninguna de sus diversas actuaciones llegaron a plantear el tema (fls. 161, 222 y 223; 226 a 230; 273 a 287 del cdno. número 1 y 35 a 56; 86 a 88 y 145 a 152 del cdno. número 2). Pero aún en la hipótesis de que se llegase a aceptar su posible existencia, forzoso sería concluir que el desequilibrio alegado no fue de la magnitud requerida como para predicar que el sindicado, al momento de ejecutar el hecho típico y antijurídico, se vio privado de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, que es lo que cuenta para poderlo considerar como inimputable.

Fluye de lo anterior, que los elementos de convicción que recoge el proceso no ameritaban la práctica del examen psiquiátrico que se echa de menos y, en consecuencia, no se incurrió en la nulidad invocada por el libelista.

No prospera el cargo formulado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

CAUSAL PRIMERA
VIOLACION INDIRECTA
ERROR DE DERECHO

El censor con ostensible ausencia de técnica no precisa cuáles fueron las pruebas que no se apreciaron, ni demuestra en qué consistió el error de derecho en que se incurrió como consecuencia de esa supuesta omisión, ni su incidencia en el fallo condenatorio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta número 59.

Bogotá, veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 15 de junio de 1983, condenó a Carlos Alberto Salgado, Simeón Rodríguez y Armando Lozano, a la pena principal de cincuenta meses de prisión, como autores responsables del delito de hurto calificado por el cual fueron procesados.

En el momento de la notificación, los procesados Salgado y Rodríguez interpusieron el recurso extraordinario de casación que fue oportuna y legalmente concedido y luego declarado admisible por la Corte y en sustentación del cual se presentó demanda común por un nuevo apoderado, la cual lo fue en tiempo y, además, ajustada a las exigencias legales, respecto del condenado Simeón Rodríguez.

RESULTANDO

I. El proceso se inicia como consecuencia de hechos ocurridos el 18 de septiembre de 1981 en el supermercado de propiedad del señor Jorge Miguel Castillo Velásquez, ubicado en la carrera 11 número 78-80 de Bogotá, al presentarse cuatro individuos, dos con uniforme de policía y dos de civil, quienes, con el pretexto de buscar artículos de contrabando, esgrimieron sus armas y se apoderaron de varios objetos, entre ellos una caja registradora y dinero en efectivo, que luego transportaron en un vehículo conducido por Armando Lozano.

Posteriormente se encontró en casa de María Dignora Isaza de García la registradora hurtada, quien dijo haberla recibido en custodia de manos de Armando

Lozano, quien, a su turno, al ser capturado, hizo cargos a los coacusados Rodríguez y Salgado Rodríguez.

Se abrió causa criminal por auto del Juzgado 26 Penal del Circuito del 5 de marzo y del 5 de agosto de 1982 del Tribunal Superior de Bogotá por el delito de hurto calificado contra Carlos Alberto Salgado Rodríguez, Simeón Rodríguez y Armando Lozano Lozano.

En sentencias de primera y de segunda instancia del 8 de marzo y del 15 de junio de 1983 los acusados fueron condenados a la pena principal de cincuenta (50) meses de prisión como responsables de delito de hurto calificado por el que habían sido enjuiciados.

II. La sentencia ha sido impugnada con apoyo en las causales 1ª y 4ª, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan dos cargos por violación de "la ley sustencial (sic) por error de derecho, falta de apreciación de determinadas pruebas" y, profundizando en el proceso, también "(porque) se observa que éste se encuentra viciado de nulidad si se considera que el juzgador de la justicia ordinaria no era el competente en virtud de la ley y de la jurisprudencia reiterada de la honorable Corte Suprema de Justicia y así la competencia (...) la (tenía) la Justicia Penal Militar, según lo normado en los artículos 308, 441 y demás normas concordantes del Código de Justicia Penal Militar".

Con defectos en la técnica del recurso de casación, el demandante anuncia como un cargo los que en realidad son dos, pues censura la sentencia de segunda instancia por haberse dictado con violación de la ley sustancial por error de derecho y falta de apreciación de determinadas pruebas y, a renglón seguido, porque se dictó en un proceso viciado de nulidad a causa de que los funcionarios competentes para el juzgamiento eran los jueces militares y no los ordinarios, conforme lo dispuesto en los artículos 308 y 441 del Código de Justicia Penal Militar de modo que, concluye, se infringieron "entre otros" los artículos 210 del Código de Procedimiento Penal y demás normas concordantes; y (los) artículos 308, 441 y demás disposiciones relacionadas del Código de Justicia Penal Militar".

En demostración del primer cargo, el recurrente acepta que en el curso del juicio "se apreciaron las pruebas allí recaudadas", hace una larga enumeración de las tenidas en cuenta por los falladores y termina censurando que "ni el funcionario *a quo*, ni el funcionario *ad quem* tuvieron en cuenta las contrariedades (sic) que cae Armando Lozano (como) tampoco tuvieron en cuenta que doña Dignora en ningún momento menciona a los agentes Simeón Rodríguez y Carlos Alberto Salgado..." de cuyas afirmaciones cree haber demostrado el cargo inicialmente enunciado de violación de la ley sustancial por error de derecho por falta de apreciación de determinadas pruebas.

Para demostrar el segundo cargo, consistente en haberse dictado la sentencia en un proceso viciado de nulidad, reitera que si bien los juzgadores "apreciaron las pruebas allí recaudadas teniendo en cuenta primeramente el informe de la DIPEC y posteriormente todas las declaraciones, indagatorias, careos, reconocimientos en filas de personas, inspecciones judiciales que aparecen dentro del proceso", estima,

no obstante, que aquel análisis y valoración ha debido hacerse por la Justicia Castrense y no por la ordinaria.

III. El Procurador 2º Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia impugnada, argumentando que:

"...La lógica manera de responder la demanda en estudio es abordar en primer lugar el tema de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, como se sabe, de prosperar el cargo fundado en la misma resulta innecesario el análisis del que se apoya en la causal primera de la citada norma. Pero, por ser ostensible, fuerza es destacar la incoherencia que exhibe el censor al manifestar, para exponer su censura al fallo acusado invocando esta causal, que el sentenciador incurrió en falta de apreciación de algunas de las pruebas allegadas al proceso, mientras que para rebatir la misma decisión al amparo de la causal cuarta, asevera que todas las pruebas fueron apreciadas para la expedición de la sentencia, que si bien considera nula, tal invalidez surge de la incompetencia de jurisdicción en el fallador...".

"...Por cuanto hace al argumento central del alegato que atiende a la causal cuarta y que corresponde al cargo segundo de la demanda, estima la Procuraduría Delegada que carece de fundamento. Si bien los procesados que confirieron poder al demandante cuando habían recurrido en casación, y a nombre de uno de los cuales presentó en oportunidad la demanda de que se trata, tenían la calidad de agentes de la Policía Nacional, y en el caso concreto de Simeón Rodríguez éste pertenecía a la Décimacuarta Estación del Departamento de Policía Bogotá, Apoyo Motorizado, y el 18 de septiembre de 1981 —fecha en que se llevó a cabo el ilícito materia del proceso—, estaba de servicio, para la hora de los mismos: ocho de la noche (8:00 p.m.) aproximadamente, se hallaba ausente de su sitio de trabajo, pues "había salido a tomar los alimentos fuera de la estación", vale decir, su coparticipación en el delito no lo fue ni con ocasión del servicio, ni por causa del mismo, ni en ejercicio de las funciones inherentes al cargo como lo prevé el artículo 8º del Decreto número 2347 de 1971. Contrariamente, se trató de una actividad reñida con la ley, ajena al servicio y a la investidura, y para la cual justamente aprovechó Rodríguez el arma y las vestimentas que lo indentificaban como miembro activo de la respetable institución, como circunstancias que a la vez podía contribuir a una coartada cuidadosamente preparada pero que no resultó eficaz gracias a la acción investigativa de la misma Policía Nacional —DIPEC—, que logró establecer la integración de este sujeto a una organizada banda de delincuentes dedicados a atentar contra el patrimonio económico de sus conciudadanos ...".

"...En estas condiciones, puesto que no existió nexo de causalidad entre el delito y la calidad o las funciones de agente de la Policía Nacional de Simeón Rodríguez, carecía éste de fuero especial para su juzgamiento y por consiguiente el proceso adelantado por los jueces penales ordinarios se rituó dentro de la competencia legal, de donde resulta que la nulidad alegada carece de asidero, y la acusación al fallo de segundo grado se torna inocua...".

"...De igual manera el cargo presentado como primero debe desecharse, pues no sólo carece de fundamento sino que está formulado con total desconocimiento de la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación. Sobre este último

aspecto se advierte cómo el demandante se limita a mencionar una violación de la ley sustantiva sin especificar el motivo dentro de la causal que aduce; y al ubicarse luego en el campo de la prueba, anota que hubo en la sentencia violación de la ley por error de derecho resultante de la falta de apreciación de algunas de ellas, en lo que se agrega la omisión de los preceptos reguladores de las pruebas supuestamente desatendidas. La censura carece de aptitud para lo fines de la demanda...". (fls. 231 a 233).

Consideraciones de la Corte

Como bien lo indica el Procurador Delegado en lo Penal, por la lógica de la argumentación se ha de enfrentar en primer término la causal cuarta, porque de prosperar el cargo fundado en ésta, resultaría innecesario el análisis del que se fundamenta en la causal primera.

a) Causal cuarta

Débese destacar la incoherencia en que incurre el censor para la demostración de esta causal, porque sostiene que las pruebas recaudadas fueron apreciadas por los juzgadores, en oposición a la argumentación relacionada con el cargo de la causal primera, en la que critica la falta de apreciación de algunas de ellas, si bien considera que han debido ser analizadas por los funcionarios de la Justicia Castrense y no por los de la justicia ordinaria.

La Corte, sin embargo, en decisión mayoritaria, ha concluido por declarar que la justicia ordinaria es la competente para juzgar a los miembros de la policía por delitos comunes cometidos por éstos por fuera del servicio o por causas ajenas a éste o de las funciones inherentes al cargo:

"...Para el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, resulta indiferente que el país se encuentre o no bajo el régimen de legalidad marcial, pues lo esencial para determinar quién es el juez llamado a conocer de los delitos cometidos por sus agentes es el desarrollo de las exigencias previstas en el artículo 8° del Decreto número 2137 de 1983 expedido el 29 de julio y publicado en el "Diario Oficial" número 36324 de agosto 29 del mismo año, en cuyo contenido el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 9° de la Ley 35 de 1982, expidió el estatuto orgánico de la Policía Nacional...".

"...El punto de vista dominante y que sirve de base a la anterior apreciación, radica entre otras en las siguientes razones:...".

"...1. Los agentes de la Policía Nacional pertenecen a una institución de carácter eminentemente civil, pues el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar que permitía darles el tratamiento de militares, fue derogado por el Decreto número 2347 de 1971, que reafirmó en dicho punto, abundantes antecedentes legislativos que no viene al caso citar. No tiene entonces aplicación el fuero consagrado en el artículo 170 de la Constitución Nacional...".

"...2. El Decreto número 2137 de 1983 'reorgánico de la Policía Nacional' es como se dijo por la Sala en ocasión pretérita, norma que prevalece respecto al Código Penal Militar (D. 250/58), dada su posterioridad y la especialidad que entraña por la materia de que se ocupa con exclusividad...".

"...3. Es precisamente el último precepto el que regula de manera completa y exacta, lo relativo a la presencia de los agentes de la Policía ante los tribunales castrenses, cuando, en su artículo 18 dispone, que frente a los delitos cometidos por los servidores de la institución armada en referencia, se aplica el Decreto número 250 de 1958, así como las disposiciones que lo adicionen o reformen en tres específicas situaciones: Comisión de ilícitos con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo...".

Simeón Rodríguez para el día de los hechos, 18 de septiembre de 1981, era miembro activo de la Policía Nacional, adscrito a la Estación XIV, en su calidad de jefe de armamento y su participación en el hurto calificado por el que ha sido procesado no puede ser considerada como actividad realizada con ocasión del servicio, o por causa del mismo o de las funciones inherentes a su cargo; por el contrario, nada más alejado de las funciones de la Policía Nacional que atentar ilícitamente contra el patrimonio de los ciudadanos, así el condenado hubiera cometido el acto delictivo estando uniformado y en servicio.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que el recurrente fue juzgado por el funcionario competente y, por lo tanto, que el cargo sustentado en la causal cuarta no puede prosperar.

b) Causal primera

En relación con el cargo fundamentado en la causal primera, consistente en haberse violado la ley sustancial "por error de derecho, falta de apreciación de determinadas pruebas", es evidente que el censor, con ostensible ausencia de técnica, no precisa cuáles fueron las pruebas que no se apreciaron, ni demuestra en qué consistió el error de derecho en que se incurrió como consecuencia de esa supuesta omisión, ni su incidencia en el fallo condenatorio; por el contrario y en apreciable contradicción con lo que pretende demostrar en uno de los apartes de su extenso alegato reconoce que todas las pruebas fueron consideradas por los falladores pero no por los competentes para hacerlo; y en otro sostiene, no que las pruebas no fueran apreciadas, sino que lo fueron erradamente.

Las incoherencias del censor son evidentes, porque si estima que algunas pruebas no fueron tenidas en cuenta, existiría un error de hecho y no de derecho, como lo sostiene; y si argumenta que el juzgador de segunda instancia no tuvo en cuenta las "contrariedades" (sic) de cierto testimonio, se ha de concluir que plantea un error de derecho por indebida apreciación del valor de algunas de ellas; en todo caso, el impugnante tampoco señala las razones jurídicas y lógicas demostrativas de que la sentencia tiene como fundamento un error de hecho o de derecho, como consecuencia de la falta de apreciación de una prueba o de la interpretación errónea de la misma, respectivamente, ni demuestra, tampoco, la relación causal que debe haber entre la existencia del vicio y la parte resolutiva de la sentencia.

El recurso extraordinario de que se trata, y ello se ha sostenido en innumerables ocasiones, se rige por una serie de requisitos técnicos cuya inobservancia hace fracasar las pretensiones de los impugnantes porque la demanda de casación no es un alegato de instancia.

Como bien lo dice el Procurador 2° Delegado en lo Penal, este cargo debe ser desestimado "pues no sólo carece de fundamento, sino que está formulado con total desconocimiento de la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación. Sobre este último aspecto se advierte cómo el demandante se limita a mencionar una violación de la ley sustantiva sin especificar el motivo dentro de la causal que aduce; y al ubicarse luego en el campo de la prueba, anota que hubo en la sentencia violación de la ley por error de derecho resultante de la falta de participación de algunas de ellas, en lo que constituye evidente confusión conceptual, a lo cual se agrega la omisión de los preceptos reguladores de las pruebas supuestamente desatendidas".

La Corte reiteradamente ha insistido en la necesidad de respetar los requisitos técnicos que regulan el recurso de casación y refiriéndose a este tema dijo:

"...Las reglas para la elaboración de una demanda aparecen consignadas en forma genérica en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y para la elaboración de una demanda de casación en los artículos 374 del citado ordenamiento y 576 del Código de Procedimiento Penal. Señala el numeral 5° del artículo 75 del Código Procesal Civil que toda demanda deberá contener 'lo que se pretenda, expresando con precisión y claridad'; por su parte, el numeral 3° del artículo 374 de la misma codificación exige que la demanda de casación deberá contener la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la "causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara..."; y el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal enseña que en la demanda se debe expresar "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella...".

"...De conformidad con las precisas reglas consignadas en el vigente ordenamiento, constituyen requisitos de fondo de toda demanda y de la demanda de casación en particular, que haya claridad y precisión en lo que se pide y que aquello que se pide esté debidamente fundamentado también con claridad y precisión. Esto es, que en toda demanda deberá consignarse el *petitum* y la causa *petendi*, carga que corresponde al actor y cuya omisión no puede ser subsanada por la Corte...".

Este segundo cargo tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador 2° Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES FABIO CALDERÓN BOTERO, PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA Y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA

Porque no estamos de acuerdo con la decisión mayoritaria que adoptó la Sala en el caso concreto salvamos nuestros votos y sustentamos dicha disidencia de la siguiente manera.

Dijo la Sala en providencia de 22 de febrero de 1979, que corresponde a la Justicia Castrense, mientras exista estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo por cualquier tipo de infracción a ellos imputada. Igual cosa se había dicho ya en casación de 7 de diciembre de 1977, aunque con menor prolijidad, y en varias otras que concretaron un criterio diferente al que por aquel entonces tenía el Tribunal Disciplinario. Las decisiones aludidas fueron adoptadas, en su momento, por unanimidad.

Desde las fechas indicadas tal jurisprudencia fue dominante y se reiteró y precisó aún más en sentencia de casación de 17 de junio de 1980 que tuvo sólo un salvamento de voto con fundamento gramatical y semántico. Con posterioridad continuó aplicándose la misma jurisprudencia hasta este momento en que la Sala, por mayoría vuelve a la tesis que sostuvo el Tribunal Disciplinario en su época y más tarde hasta su desaparición, el Consejo Superior de la Judicatura.

El cambio jurisprudencial gira en torno del artículo 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, que somete a la competencia de la Justicia Castrense el procesamiento de policiales a quienes aparezcan imputaciones por infracciones realizadas "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo". Concluyen de allí, mediante razonamiento equivocado a nuestro parecer, que los demás delitos que se les carguen, los llamados "comunes", deben ir al conocimiento de los jueces ordinarios; y así lo dicen en la providencia de la cual nos apartamos.

El análisis y examen del artículo 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, y hasta el "Diario Oficial" en que fue publicado se cita expresamente en la providencia de 22 de febrero de 1979, no escapó a la consideración de la Sala. Es más, se dijo que con anterioridad al Decreto número 1705 de 1960, había dispuesto lo mismo, palabras más, palabras menos. Esa misma disposición podría repetirse por un hipotético futuro estatuto orgánico de la Policía Nacional, que, al igual que los antecedentes no alterarán, derogarán o de alguna manera modificarán los artículos 308 y 284 del Código de Justicia Penal Militar.

Y es que resulta sumamente claro el artículo 398 citado cuando en su segundo numeral asigna a la jurisdicción militar el conocimiento "de los delitos establecios en las leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior", y más claro aún, si ello es posible, el artículo 284 del mismo estatuto cuando dispone que: "Para los efectos de este Código, los términos militar o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II. Debe agregarse aquí, y se dijo ya en su momento, que los dos artículos transcritos fueron declarados

exequibles por la Corte mediante sentencia de 4 de octubre de 1971 y 29 de septiembre de 1973, respectivamente, fallos que, se recuerda, producen efectos *erga omnes* y *adversus omnes*".

Cuando se habla de tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público y conmoción interior como motivos para que la Justicia Castrense asuma el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes" imputados a militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Militares, debe, forzosamente, agregar a los miembros de las Fuerzas de Policía, por exacta combinación de las dos disposiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Resulta claro entonces que la Justicia Penal Militar, con o sin estado de sitio, juzga a los policiales cuando delinquen "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", y que solamente durante el estado de sitio esa competencia se amplía para conocer también de los delitos "comunes" que a dichos policiales se imputan. Y no hay contrariedad entre lo dicho y lo establecido por el artículo 8° del Decreto número 2347 de 1971 y los artículos 308 y 284 del C. de J. P. M. porque la primera disposición rige para todo tiempo y las dos citadas en segundo lugar y que la Sala mayoritaria considera opuestas están creadas para un "tiempo" exacto, el tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público, conmoción interior.

Consideramos, en consecuencia, que nos asiste razón y que, a pesar del fundado respeto que nos merecen los análisis, razonamientos y conclusiones adversos a nuestro criterio sobre la materia examinada no debió producirse la variación jurisprudencial de la cual discrepamos.

Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

RECURSO DE CASACION
CAUSALES

No pueden confundirse todas en la cuarta, ni sustentarse del mismo modo, ni ser invocadas simultáneamente bajo un mismo cargo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta número 59.

Bogotá, veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 20 de febrero del año pasado, que modificó la proferida en primera instancia por el Juzgado 18 Penal del Circuito de esta ciudad el 24 de octubre de 1983, interpuso recurso de casación el procesado Nelson Avila Martínez, condenado por aquella corporación a la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión como autor de los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales que le fueron imputados en el auto de proceder.

El recurso fue oportuno y legalmente concedido por el Tribunal, declarado admisible por la Corte y sustentado por el apoderado especial del recurrente en demanda que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

RESULTANDO

I. Un breve resumen de los hechos materia del proceso y de la actuación cumplida dentro de éste, es el siguiente contenido en el concepto del señor Procurador 2° Delegado en lo Penal.

"...En las horas de la noche del veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y dos, el procesado Nelson Avila Martínez llevó a Ana Mercedes Rodríguez Zambrano a las residencias 'Siboney' de la calle 59A número 13-93 de esta ciudad y allí la accedió carnalmente mediante el empleo de violencia...".

"...Puestos los hechos en conocimiento de las autoridades, la investigación la inició el Juzgado 41 Penal Municipal de Bogotá, despacho que ordenó la detención preventiva del sindicado. Cumplida la fase sumarial el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito llamó a responder en juicio al procesado por los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales en concurso. Esta determinación fue posteriormente

confirmada por el Tribunal. Rituado el período probatorio de la causa y celebrada la audiencia pública de rigor se profirió por el juzgado de conocimiento la sentencia condenatoria que, con modificaciones respecto del *quantum* de pena imponible, confirmó el Tribunal Superior de Bogotá mediante el fallo que es ahora objeto de recurso extraordinario..." (fls. 27 a 28).

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 el recurrente demanda que se case el fallo, por violación al artículo 26 de la Constitución Nacional a causa de haberse limitado el derecho de defensa del procesado "en cuanto a la valoración de las pruebas que de una u otra forma favorecen su situación dentro del proceso", cargo que el casacionista desarrolla en los siguientes términos:

CAUSAL CUARTA

"...en el proceso contra Avila Martínez gravitaron fundamentalmente dos pruebas, que en el sentir del Juzgado 18 Penal del Circuito fueron las bases para el fallo condenatorio:...".

"...a) La versión de la denunciante Ana Mercedes Rodríguez Zambrano...".

"...b) El dictamen médico legal...".

"...Pero así como sólo se tuvieron en cuenta fundamentalmente estas probanzas, se desconoció el valor probatorio de las siguientes:...".

"...1. La diligencia de inspección judicial practicada a las residencias 'Siboney', escenario del insuceso...".

"...2. La declaración del señor administrador del citado establecimiento público que responde al nombre de Virgilio Alejandro Cepeda Colón, dándole inclusive más importancia a testimonios de personas que si bien es cierto tienen nexos familiares con la Rodríguez, se limitan por obvias razones a transmitir lo que a su vez escucharon de su pariente, desconociendo de esta manera y en forma total el contenido del artículo 335 de nuestro ordenamiento procedimental punitivo, al cual deberá dársele aplicación amplia y precisa so pena de violar los más elementales medios de defensa del procesado, como ocurrió en este caso...".

"...La norma en comento reza: 'El funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen'...".

"...Si bien es cierto, en la investigación adelantada se practicaron pruebas tales como las citada antes (testimonio del administrador e inspección judicial), éstas no se tuvieron en cuenta al momento de calificar el mérito del sumario en detrimento directo de mi cliente y con funestas consecuencias, como que el desconocimiento del valor probatorio de las mismas jugó un papel capital en la imposición de la medida condenatoria en contra de Avila Martínez. Y es que investigar y no apreciar lo que se investiga, equivale a no hacerlo, para que no quede la menor duda en cuanto a la interpretación del artículo 335 antes citado...".

"...En efecto, se le dio toda la credibilidad a la versión de Ana Mercedes Rodríguez Zambrano, testimonio que por múltiples razones no proyecta la trascendencia probatoria que se le dio. Ana Mercedes hace un relato entre fantástico y enfermizo de la forma en que fue violada y ultrajada según ella, por parte de Nelson, quien no se compadece ni con la realidad fáctica y sus posibles y lógicas alternativas ni con su personalidad que incluye obviamente un título universtario..." (fls. 7 a 8).

III. El señor Procurador 2° Delegado en lo Penal ha solicitado a la Corte que no se case la sentencia, tanto porque la demanda más bien parece un alegato de instancia, como porque el recurrente ha incurrido en "equivocación de la vía en casación y confusión en el desarrollo del cargo".

"...El demandante alega nulidad de carácter constitucional, con fundamento en el artículo 26 de la Carta, por violación de las formas propias del juicio, sin embargo de lo cual no precisa si se pretermitió alguno de sus trámites obligatorios o si se afectó el esquema rector del proceso...".

"...Pretende el actor la prosperidad de la censura, con lo que parece más bien un alegato de instancia, sosteniendo que el Tribunal incurrió en error en la valoración de las pruebas, y que consecuencialmente desconoció el derecho de defensa, incurriendo así en protuberante equivocación de la vía en casación y confusión en el desarrollo del cargo...".

"...No son los errores en el procedimiento o las fallas formales las que alega el demandante para apoyar la nulidad que plantea, sino errores que apuntan al contenido real de la sentencia, a los conceptos y apreciaciones críticas del juzgador respecto del alcance y valor de las pruebas...".

"...La equivocada apreciación de los medios de prueba, en la forma como se plantea en el caso *sub examine*, debió haberse intentado por vía de la causal primera de casación, cuerpo segundo, y no por la cuarta...".

"...Los errores de juicio abren obligado camino al decreto de nulidad, y por ello admisible resulta la censura en el ámbito de la causal cuarta, únicamente cuando por razón de ellos el juez desconoce la legalidad del delito o de la pena, del procedimiento o el principio de favorabilidad, garantías constitucionales que confluyen a la integral estructuración del debido proceso y a la guarda de la vigencia plena del derecho de defensa..." (fls. 29 a 30).

Considerando

Como bien lo advierte el señor Procurador 2° Delegado en lo Penal, la demanda redactada a la manera de un simple alegato de instancia, invoca equivocadamente como causal de nulidad (numeral 4° del art. 580 del Código de Procedimiento Penal) la violación indirecta de la ley proveniente de la falta de apreciación de determinadas pruebas favorables al procesado, que corresponde a una impugnación diferente (inciso 2° del numeral 1 del mismo art.).

La equivocación del casacionista es manifiesta, pues si bien es cierto que, por definición, *las causales de casación tienden a la anulación de los fallos demandados ante la Corte, no por ello pueden confundirse todas en la cuarta, ni sustentarse del*

mismo modo, ni concluirse el ataque contra los diferentes vicios que el recurso extraordinario pretende remediar (violaciones directa e indirecta de la ley, falta de correspondencia entre la sentencia y el auto de proceder o el veredicto y sentencia fundada en veredicto contradictorio), pidiendo en todos los casos la anulación del proceso o de parte de éste, lo que sólo es procedente en los eventos señalados en los artículos 210 y 211 del Procedimiento Penal (nulidades legales), que se hallan relacionados con vicios del procedimiento y en los de quebrantamiento de una cualesquiera de las cuatro garantías constitucionales a que debe estar sujeto el juzgamiento criminal, según el artículo 26 de la Constitución Política (nulidades supralegales), todas las cuales están referidas a la legalidad en el trámite de los juicios (ley preexistente al acto que se imputa, juez legalmente competente, observancia de las formalidades legales y aplicación de la pena y del procedimiento más favorables, aún siendo posteriores al hecho) y no, por supuesto, al análisis, calificación y valoración de las pruebas, ni al escogimiento, invocación y aplicación de las normas penales y de las sanciones respectivas ni, en fin, a la interpretación y cotejo de algunas fundamentales determinaciones procesales, que son materia de otros diferentes factores de impugnación y como tales asuntos sujetos a muy precisos y especiales requisitos técnicos en la invocación de los motivos y en la presentación y desarrollo de los cargos, según corresponda a la causal seleccionada por el demandante.

Sostener la nulidad del proceso, como lo hace el demandante, con el argumento de que los jueces de instancia dejaron de apreciar en su verdadero valor dos de las pruebas practicadas durante la investigación es, sin lugar a dudas, desacierto inexcusable en las sustentación del recurso.

La Corte ha dicho, en efecto, que las formas propias del juicio (garantizadas en la causal 4ª del art. 580 del Código de Procedimiento Penal) y el valor dado a las pruebas en las correspondientes decisiones judiciales (causal 1ª del mismo art.), son conceptos totalmente diferentes, que exigen un diverso tratamiento en casación y que, por consiguiente no pueden confundirse ni ser invocados simultáneamente bajo un mismo cargo:

"...la forma de los procesos está constituida por una serie de requisitos externos, de obligatorio cumplimiento y en ningún caso toca con ella el contenido de los actos procesales por lo cual resulta inaceptable la alegación de que se varió la forma propia de un juicio cuando el juez interpreta mal una prueba, pues esta es una actividad de índole puramente interna en la cual la facultad del juez para valorar los elementos de convicción viene a hacer el oficio de contenido de un acto jurisdiccional que pueda revestir diversas formas...".

"...Y puede ocurrir que el juez cometa un error en dicha apreciación sin que por ello vulnere la forma prescrita para el acto procesal. Se trataría, en este caso, de un error *in judicando* distinto del error *in procedendo* que consistiría, como ya se dijo, en la violación de las formas prescritas para el adelantamiento del juicio...".

"...De acuerdo con lo dicho se concluye que es equivocado y, por ello, no debe aceptarse el planteamiento que hace el actor al decir que se han violado las formas propias del juicio ordinario penal por una pretendida errónea valoración de las pruebas..." (Extractos de Jurisprudencia, págs. 76 y 77, año 1977).

"....."

"...No se pueden confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios como lo hace en este cargo el demandante...".

"...Se trata de conceptos distintos de casación...".

"...Las formas propias del juicio hacen relación a las garantías universalmente reconocidas a los diferentes sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular dentro del proceso y a las peculiaridades y modalidades específicas que diferencian y distinguen los distintos procedimientos entre sí, garantías y peculiaridades que al ser conculcadas por la actividad fallida del juez, constituyen errores *in procedendo*; en sentido diverso, los grados probatorios son los precisos requisitos de razón que demanda la ley para poder declarar judicialmente demostrado un hecho concreto, requisitos o presupuestos cuya violación por el discurrir falso del juzgador, conforman errores *in judicando...*".

"...La conclusión es obvia, comporta un imperdonable desacierto de técnica, invocar fallas de juzgamiento dentro de una causal que, como la cuarta, por su especial naturaleza, se fundamenta en la existencia de errores *in procedendo* constitutivos de nulidad legal o constitucional..." (Extractos, I semestre de 1981, pág. 15).

La Sala reitera este criterio.

El cargo, de este modo incorrectamente sustentado e igualmente carente de fundamento, no puede prosperar.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

FALSEDAD
Uso del documento público falso

La pena imponible para quien falsifica el documento público y lo usa, surge de armonizar el inciso 2° del artículo 222 del C. P. con los artículos 218, 219 y 220 del mismo estatuto, según el caso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 60 de 2 de julio/85.

Bogotá, D. E., dos (2) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia mediante la cual se condenó por un delito de falsedad en documento público al procesado Gustavo García Arzayús y se le impuso la pena principal de un (1) año y dos (2) meses de prisión.

1. LOS HECHOS

Gustavo García Arzayús fue deportado de los Estados Unidos porque viajó y entró a dicho país con el pasaporte número AA-447122 de 7 de mayo de 1982 perteneciente a su amigo Fabricio Guerrero Delgado quien se lo envió para que previas las alteraciones que debía introducirle Humberto Uribe Mejía en Cali lo utilizara.

2. EL PROCESO

Abrió la investigación el Juzgado 26 de Instrucción Criminal de Bogotá e indagado el deportado se le detuvo. Por competencia correspondió el asunto al Juzgado Tercero Superior y allí se llamó a responder en juicio a García Arzayús por un delito de simple uso de documento público falso y de acuerdo con el artículo 222 del Código Penal (auto de 28 de noviembre de 1983). El Tribunal Superior de Cali conoció por apelación de dicha providencia y la confirmó con las advertencias de que

García Arzayús era "partícipe" del delito de falsedad en documento público "en calidad de autor intelectual" y citó expresamente los artículos 222 en su inciso segundo y 23 del Código Penal en vigencia (auto de 13 de febrero de 1984).

Realizada la audiencia pública el Juzgado Tercero Superior de Cali emitió la sentencia de 25 de mayo de 1984 para condenar al procesado solamente por uso de documento público falso, es decir, en desacuerdo con la modificación hecha por el Tribunal, y concedió la condena de ejecución condicional. El Fiscal correspondiente apeló por considerar que dicho fallo no concordaba con el enjuiciamiento. En la segunda instancia el Fiscal Sexto conceptuó que debía incrementarse la pena dosificada en un (1) año por el *a quo*. El Tribunal en sentencia de 31 de julio de 1984 reiteró lo relativo a las modificaciones que introdujo al procesamiento y aumentó la pena en dos (2) meses más. El Fiscal Sexto recurrió en casación.

3. La demanda

Invoca el censor la causal de casación prevista en el numeral 1° del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la sentencia impugnada viola la ley sustancial por aplicación indebida.

Afirma que al dosificar la pena e incrementar en dos (2) meses la que impuso el juzgador de primera instancia el Tribunal interpretó literalmente el inciso segundo del artículo 222 del Código Penal, porque dicha disposición hace relación con el primer inciso solo en la calidad del documento al cual se refiere mas no a la pena. Por consecuencia, ésta debió dosificarse mediante combinación del artículo 220 con el iniciso segundo del artículo 222 para obtener así una pena superior a dos (2) años de prisión. Cita en apoyo de lo que alega una providencia de 23 de febrero de 1984 originaria de esta Sala.

4. El Procurador Segundo Delegado se abstuvo de coadyuvar la demanda

5. Las consideraciones de la Sala

El legislador de 1936 no se refirió al uso del documento público falso por parte de quien intervino en su elaboración o alteración y los casos en los cuales dicha hipótesis se daba, con perjuicio para el patrimonio ajeno, fueron considerados por la jurisprudencia como constitutivos de un concurso material de falsedad en documento público y estafa mediante combinación de los artículos 231 o 233, 408 y 33 del Código Penal vigente por aquel entonces. Ese criterio fue constante y se concretó y reiteró en varias providencias de la Sala.

El Código Penal de 1980, que rige a partir del 29 de enero de 1981 previó la falsedad material en documento público tanto para el empleado oficial en ejercicio de sus funciones como para el particular en sus artículos 218 y 220, y el uso del mismo en los dos incisos que conforman el artículo 222. La redacción del segundo inciso ha dado lugar a confusiones que ya la Corte precisó y aclaró en sentencia de 23 de febrero de 1984, luego de un exacto rastreo de sus antecedentes en las Comisiones Preparatorias.

En el inciso comentado el uso del documento público falso por parte del mismo que lo falsificó está previsto como agravante de la falsedad. El inciso primero atiende al hecho de usar un documento público falso sin haber concurrido a su falsificación, tal como sucedía bajo la previsión del artículo 234 del Código abolido.

Lo dicho lleva a la conclusión de que para la hipótesis de quien falsifica y usa un documento público la pena imponible surge de armonizar el inciso segundo del artículo 222 con los artículos 218, 219 y 220, según el caso, y no de referir el incremento de la pena allí previsto al inciso primero de la misma norma. De donde se deduce que "la referencia que allí se hace al 'inciso anterior', apunta al documento público falso como objeto material de la conducta, no a la pena allí consagrada, pues que ella se refiere a la bien distinta hipótesis del simple uso del documento público falseado por otro", según se dijo en la providencia ya citada.

En el presente proceso el Juez de primera instancia, contra toda la prueba existente, consideró como simple uso de documento público la conducta del procesado a pesar de que éste recibió el pasaporte legítimo precisamente para que fuera falseado y lo entregó a otro, presumiblemente un experto en falsificaciones, le preporcionó sus datos personales para que fueran puestos allí a cambio de los originales, su retrato para que se colocara en lugar del otro y, para completar la labor delictiva estampó en el documento sus propias huellas digitales y pagó los servicios del falsificador supuestamente avezado. En estas condiciones es apenas natural la conclusión de que concurrió con una serie de actividades propias a la falsificación y, por tanto, debió predicarse su coautoría en la hipótesis prevista en el artículo 220 del Código Penal.

Tal error lo enmendó el Tribunal al revisar por apelación el auto de proceder cuando puntualizó las actividades realizadas por el procesado para lograr la alteración del pasaporte y, consecuente con dicho análisis habló de "coparticipación" e incluso de "autoría intelectual" con cita expresa del artículo 23 del Código Penal que se refiere a la participación en el hecho punible ora como realizador, ora determinador del mismo, a más del uso del documento.

Al sentenciar, el juzgador de primera instancia ignoró la modificación que a la calificación del hecho introdujo el juzgador de segunda y condenó de acuerdo con sus personalísimo criterio acerca del simple uso de documento público falseado por otro. En la sentencia impugnada trató el Tribunal de enmendar el nuevo error pero al proceder de conformidad equivocó las cosas pues relacionó los dos incisos del artículo 222 en lugar de concordar el inciso segundo de dicha disposición con el artículo 220 que regla la falsedad en documento público.

El recurso prospera y, en consecuencia y tal como lo indica el numeral primero del artículo 583, se casará la sentencia por aplicación indebida de la ley sustantiva y se dictará la que deba reemplazarla.

El punto se refiere solamente a la pena deducida que, por error del Tribunal se dosificó en un (1) año y dos (2) meses de prisión cuando en verdad y si se parte de los mínimos, la combinación de los artículos 220 y 222 en su inciso segundo permite tomar la pena del primero, dos (2) años, y aumentarla hasta en la mitad, un (1) año para un total posible de tres (3) años. Para el caso de autos se considera suficiente una sanción igual a dos (2) años y seis (6) meses. En lo demás, condenación en forma

genérica al pago de perjuicios, deducción e imposición de sanciones accesorias y concesión de la condena de ejecución condicional, la sentencia es correcta.

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

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada y, en su lugar, CONDENAR al procesado Gustavo García Arzayús, de condiciones civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de dos (2) años y seis (6) meses de prisión.

Las sanciones accesorias de interdicción del ejercicio de funciones públicas y suspensión de la patria potestad tendrán una duración igual a la nueva pena principal impuesta.

En lo demás no se modifica la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

No suscribe la sentencia anterior el señor Magistrado Dante L. Fiorillo Porras porque se halla con permiso.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

1° VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

La Causal Primera de Casación en el numeral 1° del artículo 580 del C. de P. P. procede cuando el juzgador de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación y en forma indirecta cuando el juicio equivocado proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, caso en el cual es necesario alegar este punto y demostrar que el juzgador incurrió en error de hecho o de derecho.

2° INSPECCION JUDICIAL
Requisitos

Para la práctica de la diligencia de inspección judicial es indispensable el nombramiento de peritos, sólo cuando los puntos que deban ser establecidos requieran conocimientos especiales y conforma plena prueba el acta en relación con los hechos y circunstancias consignados y que hayan sido observados por el Juez y los peritos.

3° REO AUSENTE

La contumacia del acusado en alguna etapa del proceso, no es circunstancia suficiente para impedir la concesión de la condena de ejecución condicional.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 60.

Bogotá, julio dos de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta profirió sentencia condenatoria contra el procesado Agustín Hernando Márquez Villa, por los delitos

de falsedad documental y abuso de confianza. El defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación contra la indicada sentencia, que debe ahora ser resuelto por la Corte una vez agotado el trámite procesal correspondiente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Agustín Hernando Márquez Villa, empleado de la Sociedad Comercial Tayrona Ltda., fue denunciado penalmente bajo la sindicación de que en el proceso de venta de mercancías y recaudo de los dineros pagados por ese concepto, se había apropiado de algunos dineros valiéndose para ello de la consignación de datos falsos en los informes contables que estaba obligado a rendir a la casa principal con sede en Valledupar.

En virtud de los hechos denunciados, el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación dentro de la cual oyó en indagatoria al procesado y practicó otras diligencias. Perfeccionada la etapa investigativa, el Juez Segundo Superior de Santa Marta, llamó a responder en juicio criminal al sindicado Márquez Villa por los delitos de falsedad documental y abuso de confianza, a la vez que le concedió la libertad provisional bajo caución; dicho auto fue apelado y confirmado por el Tribunal, con excepción de la excarcelación que fue revocada.

Tramitada la causa y verificada la diligencia de audiencia pública, el Juez del conocimiento dictó la sentencia de primera instancia el 17 de noviembre de 1983 en la cual condenó al procesado Márquez Villa a la pena de dos años de prisión y las accesorias correspondientes, por el delito de falsedad en documento privado; por el abuso de confianza dictó sentencia absolutoria. Por vía de apelación conoció el Tribunal de Santa Marta de la indicada sentencia, la cual modificó en decisión del 20 de marzo de 1984 en el sentido de condenar por los dos delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento e imponer la pena principal de tres años de prisión, sin derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El señor defensor del procesado acusa la sentencia de segunda instancia con fundamento en la causal primera de casación "...por haberse dictado violando la ley sustancial en forma indirecta, por error de derecho...", por apreciación equivocada de las pruebas que llevaron al sentenciador a la infracción del artículo 215 del C. de P. Penal, "...al apreciar erróneamente pruebas existentes en el proceso como plena prueba de la materialidad y de la responsabilidad de hechos punibles que hace concursar y que hoy se tipifican en los artículos 221 y 358 del C. Penal".

Relaciona el actor las diversas pruebas que fueron tenidas en cuenta por el sentenciador para proferir la sentencia de condena por los delitos de falsedad y abuso de confianza y las analiza separadamente para concluir que de dichas pruebas no se infería la comisión de los delitos imputados ni la responsabilidad del procesado.

Afirma que de las distintas diligencias de inspección judicial que reseña la sentencia no se deducía la comisión de los delitos, por cuanto está plenamente

demostrado que los cheques recibidos de la Cooperativa de Caficultores del Magdalena fueron oportunamente consignados, de modo que no se puede hablar de la comisión de un delito de abuso de confianza. Además, no se pidió la necesaria concurrencia de peritos para demostrar el faltante y su monto, no se hizo el arqueo de caja y de bancos, no se estableció el estado real de las cuentas de los clientes ni la existencia de mercancías, no se hizo inventario de activos fijos de empresa, no se verificó el pago de salarios a trabajadores, ni se determinaron los gastos, de manera que no se halla cabalmente acreditada la materialidad de los delitos imputados, lo que supone violación de los artículos 215, 223, 224, 225 y 228 del C. de P. Penal y de los artículos 221 y 358 del C. Penal. Tampoco de los comprobantes de salida de bodega se deduce la comisión de los hechos delictivos que dieron lugar a la condena, pues de ellos no surge indicio alguno, de modo que también se desconocieron los mandatos de los artículos 229 y 230 del C. de P. Penal.

Asevera el recurrente que del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre la empresa y el procesado no resulta ninguna prueba que lo comprometa y, por el contrario, este documento debe entenderse en su sentido natural y obvio, que lleva a concluir que el procesado no tuvo jamás tenencia fiduciaria sobre los bienes, pues solo era un trabajador, y, en consecuencia no podía cometer el delito de abuso de confianza que se le atribuyó.

Critica también las pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador para deducir la responsabilidad del condenado, porque se trata de la declaración del dueño de la empresa supuestamente perjudicada y de dos dependientes suyos y por esta razón son testigos sospechosos de acuerdo con el artículo 217 del C. de P. Civil, además de que se desconoció en mandato del artículo 236 del C. de P. Penal, por cuanto no se hizo constar en la misma declaración las condiciones y circunstancias que permitieran inferir la credibilidad del declarante. Así mismo, la diligencia de indagatoria del procesado fue erróneamente interpretada, por cuanto éste en manera alguna confesó la realización de conducta delictiva; aceptó solamente haber hecho un gasto en favor de la empresa, lo que en manera alguna significa reconocimiento de responsabilidad.

Por último critica la medida en virtud de la cual el Tribunal niega la libertad a su poderdante. Esta Corporación le negó la libertad provisional a que tenía derecho, sin fundamento legal atendible y en la sentencia le negó la condena de ejecución condicional en contra de los mandatos del artículo 68 del C. Penal, modificado por la Ley 141 de 1980.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que sean desestimados los cargos propuestos, porque, en su concepto, de las inspecciones judiciales tomadas en cuenta por el sentenciador se llega a la conclusión de que se elaboraron comprobantes de contabilidad y asientos que no correspondían a la realidad, con la conclusión de que con ellas se ocultó faltantes de dinero. En cuanto al delito de falsedad en documento privado, dice el colaborador fiscal, el procesado ha admitido que hacía las anotaciones de contabilidad en Santa Marta y confeccionaba los reportes o informes,

que daban lugar a la elaboración de los comprobantes y asientos contables, sin que incidiera el que la cuenta estuviera a nombre de la gerencia y no se pudiera girar por otra persona, pues se advirtieron diferencias que comprueban la apropiación.

Estima que no se ha demostrado la violación de normas sustanciales ni el quebrantamiento de disposiciones de carácter procedimental, pues las pruebas de carácter documental fueron interpretadas en forma racional y, así mismo, lo fueron los testimonios, pues no hay motivo alguno para creer que los declarantes faltaron a la verdad por el hecho de tener vinculaciones con la entidad defraudada.

Por último señala que "En cuanto a la negación de la condena de ejecución condicional, con base en la contumacia y otras consideraciones, estima este Despacho que asiste razón al recurrente, pues el procesado carece de antecedentes, compareció inicialmente al proceso aunque después no se obtuvo su presentación, las circunstancias y modalidades de los hechos, permiten concluir que es procedente conceder este beneficio, como estimó el Juez de primera instancia por entender que el procesado no requiere tratamiento penitenciario...". Solicita, por tanto, que se invalide parcialmente el fallo y se conceda la condena de ejecución condicional.

Consideraciones de la Corte

La causal primera de casación en el numeral 1° del artículo 580 del C. de P. Penal, es procedente cuando el juzgador de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación. Dicha violación puede provenir de un juicio equivocado que llevó al Tribunal a desconocer la disposición que estaba llamada a regular el caso examinado, o a dar aplicación a una disposición cuyo mandato impersonal y abstracto no corresponde con los supuestos del caso resuelto, o cuando siendo acertada la selección de la norma reguladora se la aplica con desconocimiento de su alcance y sentido.

Esta violación de la ley sustancial también puede presentarse en forma indirecta cuando el juicio equivocado proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, caso en el cual es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto en concreto, y que demuestre que el juzgador incurrió en un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Repetidamente ha dicho esta Sala que los conceptos de error de hecho y error de derecho son diversos aun cuando los dos tienen origen en la estimación probatoria. En efecto, el error de hecho se presenta en los siguientes casos:

a) Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obre en el proceso y el juzgador omite su apreciación;

b) Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador, y

c) Cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

El error de derecho se presenta en los casos siguientes:

a) Cuando el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción;

b) Cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna, y

c) Cuando a la prueba se le da un valor diverso del que la ley le confiere.

Es indispensable, además, que cuando el recurrente alegue la violación indirecta de la ley sustancial, precise la forma de la violación y que, determinada la naturaleza del error, lo demuestre con claridad, señale, en caso de error de hecho, la norma que consagra el tipo de prueba sobre el cual recae y, en caso de error de derecho, que precise la disposición que determina el valor que debe asignarse a la prueba, que señale si la violación dio lugar a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de la ley y que compruebe la incidencia del error en el pronunciamiento del fallo acusado.

Sobre la procedencia del error de derecho ha dicho esta Sala: "De otra parte no sobra precisar que, como lo ha sostenido la Corte en forma reiterada, los errores en la apreciación del mérito de las pruebas están circunscritas a los de aquéllas respecto de las cuales la propia ley determina su valor, como en los casos de los artículos 218, 228, 230, 233, 261, 264, por ejemplo (sistema tarifario o de tarifa legal) y no, por supuesto, en aquellos en los que las normas del procedimiento 'deja librado su mérito a la sana crítica que de esos elementos de prueba haga el Juez' (Casación, 26 de octubre de 1978), según el análisis que de ello haga el funcionario en cada caso concreto en particular y en relación con todos los demás medios de convicción existentes en el proceso, como en los eventos de los artículos 229, 231, 236, 278, por ejemplo (sistema de la persuasión racional)" (Cas. de enero 24 de 1984).

Así mismo, en otra oportunidad señaló: "En verdad que, por regla general, no pueden alegarse errores de derecho, por falso juicio de convicción, frente al testimonio y al dictamen pericial, ya que por ninguna parte la ley le asigna a estos medios de prueba un determinado valor probatorio. Ese valor lo otorga, en cada caso concreto, el Juez, siguiendo las pautas generales que al efecto indican los preceptos respectivos. Si de testimonios se trata acudiendo a la sana crítica (art. 236 del C. de P. P.); si de pericias, apreciándoles razonadamente (art. 278 del C. de P. P.). Esto denota, sin lugar a dudas, que el legislador abandonó la tarifa probatoria remitiéndose expresamente a los conocimientos del juez y a su capacidad razonadora, para de tal modo permitir que con estos factores, de suyo extranormativos, haga la valoración de esas dos pruebas. Entonces, si la dicha valoración deviene de factores extraños a la normatividad, porque están sustancialmente fuera de ella, no es posible que el fallador caiga en violaciones de la ley al determinarla" (Cas. de junio 24 de 1980).

Aplicados los anteriores presupuestos al caso que ahora se examina, es necesario destacar las deficiencias técnicas que presenta la demanda. En efecto, el cargo formulado parte de la afirmación de que se violó la ley sustancial (todo parece indicar que por aplicación indebida), por error de derecho en la evaluación de las pruebas y dentro de ese cargo el actor se refiere a pruebas de diversa índole utilizadas por el Tribunal para demostrar la materialidad de las infracciones y la responsabilidad del

procesado. Ocurre, sin embargo, que cuando lo que se alega es un falso juicio de convicción referido a pruebas de carácter testimonial o documentos privados no es procedente alegar error de derecho, pues la ley no ha conferido un valor tarificado a estos medios y, antes por el contrario, ha destacado que frente a ellos procede la valoración por el sistema de la persuasión racional.

El artículo 262 del C. de P. Penal, establece que el documento privado se apreciará de conformidad con las normas de la crítica, esto es, que no existe tarifa legal para su apreciación. De modo que los documentos privados que fueron relacionados en la sentencia (contrato de trabajo, los que fueron adjuntados en la inspección judicial, los comprobantes de salida de bodega, las relaciones de pago), podían ser apreciados libremente por el Juez, y, en caso de que se les hubiera dado un alcance diverso del que realmente tienen, el correspondiente ataque procedió por error de hecho ya que en ese evento lo que se desconoce no es la realidad normativa sino la significación fáctica de la prueba.

Tampoco con relación al testimonio existe disposición legal que le atribuya un determinado valor a este medio de prueba; por el contrario, el artículo 236 del C. de P. Penal enseña que corresponde al Juez apreciar razonablemente la credibilidad del declarante, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración. De modo que cuando la versión de un declarante no concuerda con la verdad, dicha versión desconoce la realidad fáctica y, por tanto, lo procedente en ese caso es alegar un error de hecho.

Estima el demandante que se violó el mandato del inciso segundo del artículo 236 del C. de P. Penal por cuanto en las actas correspondientes a los testimonios de Olga Ríos Alvarez, Roberto Bernal Rubio y Filiberto Bernal Luna, no fueron consignadas las condiciones y circunstancias conducentes para apreciar la credibilidad de dichos declarantes, quienes además son testigos sospechosos al tenor de lo dispuesto por el artículo 217 del C. de P. Civil, ya que son empleados de la empresa defraudada. Las condiciones y circunstancias que en este caso concreto podrían tener incidencia en la credibilidad de dichos deponentes, tenía que ver con los nexos laborales de estas personas con la Empresa Comercial Tayrona y basta con leer las pertinentes actas (fls. 43, 47 y 730), para percatarse de que se dejó expresamente consignado el vínculo de carácter laboral que unía a estas personas con la empresa defraudada y, además, en el caso de Olga Ríos, el parentesco que la unía con el procesado, con lo cual se observa que no se desconoció la formalidad legal reclamada por el impugnante. Además, el hecho de que el estatuto procesal civil estime que ciertos testigos son sospechosos, en manera alguna significa que no sean merecedores de credibilidad, con mayor razón en el proceso penal en donde lo que interesa es la demostración de lo realmente ocurrido, para lo cual existe libertad probatoria (art. 336 del C. de P. Penal).

Para la práctica de la diligencia de inspección judicial solo es indispensable el nombramiento de peritos cuando los puntos que deben ser establecidos requieran conocimientos especiales, tal como se deduce de los artículos 223 y 265 del C. de P.

Penal, de modo que el cargo que hace el impugnante a las diligencias de inspección judicial practicadas dentro de esta actuación, porque en ellas no intervinieron expertos, carece de apoyo en la ley.

De otra parte, es verdad que el artículo 228 del ordenamiento procesal penal establece que el acta de inspección judicial hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos, observados por el Juez y los peritos que en ella hayan intervenido, de modo que frente a esta concreta prueba es posible que pueda presentarse un error de derecho, precisamente frente al desconocimiento de lo que el Juez haya percibido y consignado, cuando se le niega el carácter de plena prueba que le atribuye la ley. Sin embargo, en el presente caso el casacionista no pretende demostrar que se desconoció dicho valor a lo percibido por el Juez, sino que critica la inferencia que de tales hechos se hizo para deducir la materialidad de las infracciones y la responsabilidad del procesado, de modo que el error alegado no aparece debidamente establecido.

Tampoco es válido aducir la inexistencia de prueba necesaria para condenar porque se haya omitido la práctica de pruebas que a juicio del recurrente eran indispensables, para demostrar la apropiación de dineros, porque de acuerdo con lo establecido por el artículo 336 del C. de P. Penal, para la demostración de los elementos del delito existe libertad probatoria, esto es, que no es indispensable acudir a medios específicos de prueba para su comprobación.

De otra parte, en el expediente obran pruebas que permiten afirmar la comisión de los delitos imputados al procesado y su correspondiente responsabilidad.

En efecto, entre la sociedad comercial Tayrona Ltda. con domicilio en la ciudad de Valledupar y el procesado Agustín Hernando Márquez Villa, se realizó con fecha 18 de septiembre de 1978 un contrato de trabajo a término indefinido, de cuyas cláusulas así como de las manifestaciones del propio incriminado se infiere, que éste se responsabilizaría como verdadero administrador y bajo la directa y permanente vigilancia del patrono a manejar las zonas del Magdalena, Cesar y la Guajira con sede en la ciudad de Santa Marta y con facultades para visitar clientela, controlar ventas, manejar mercancía, recaudar cartera, etc., pero, sin que por otra parte tuviera ningún poder de disposición sobre los dineros que ingresaban a las arcas de la compañía como consecuencia de las transacciones efectuadas, de todo lo cual, debía dar cuenta diaria y con el debido detalle a la oficina principal.

De las pruebas incorporadas a la investigación se concluye que, Márquez Villa, consciente de las funciones y responsabilidades que tenía, se apropió de estimable cantidad de dinero bajo su recaudo y vigilancia para lo cual desplegó maniobras fraudulentas para desvirtuar los cargos en su contra. Basta con señalar, la forma como en los documentos de reporte diario que remitía a Valledupar sobre las ventas cumplidas, incluía guarismos inferiores a los que realmente aparecían en los archivos de Santa Marta y la forma como en sus versiones ante la justicia para explicar los faltantes o por lo menos algunos de ellos, recurrió a la socorrida disculpa del accidente en que perdió la vida un menor al ser atropellado por un vehículo de la empresa y sostener de ahí la disposición de dineros para cancelar honorarios de abogado, indemnización a los familiares y un chantaje que por los mismos hechos se

le hizo en peligro suyo y de su familia. Este último aspecto, con el que el procesado dice contó con la autorización de la compañía ni siquiera fue puesto en conocimiento de la misma y resulta completamente falso pues fue Tayrona Ltda. la que se hizo cargo de todos y cada uno de los gastos que el infortunado resultado representó. Tampoco se puede olvidar, que fue a algunos representantes de la sociedad y que dan cuenta de ello en el expediente bajo la gravedad del juramento, que, Márquez Villa, arrepentido y preocupado les "confesó" su participación en los hechos denunciados.

De lo dicho se infiere que más que un error en la apreciación de la prueba, lo que se presenta es una divergente opinión entre el fallador y el recurrente sobre ese tema, propio de la instancia pero en manera alguna razón suficiente para que prospere un cargo en casación.

Por último señala el censor que en el fallo recurrido se interpretó erróneamente el artículo 68 del C. Penal, modificado por el Decreto 141 de 1980, por cuanto se negó a su poderdante el beneficio de la condena de ejecución condicional con razonamientos totalmente equivocados. El funcionario del conocimiento concedió al condenado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional sobre la base de que la pena impuesta permitía su concesión, además, "la conducta del procesado, antes de los hechos, siempre fue buena, y el grado de arrepentimiento que mostró durante el tiempo de las averiguaciones extra-proceso, realizadas *motu proprio* por los responsables de la entidad afectada, permiten suponer que no requiere tratamiento penitenciario".

El Tribunal, por su parte revocó el beneficio concedido, con los siguientes razonamientos: "Igualmente la Sala de Decisión Penal resolvió revocar la ejecución de condena condicional debido a que el procesado una vez que se profirió la detención preventiva, se evadió y se dio a las de villadiego, en otras palabras, no quiso comparecer personalmente a juicio sino que por el contrario se dio a la fuga".

De conformidad con la vigente legislación penal, para que proceda la concesión de la condena de ejecución condicional es indispensable que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, y, además, que la personalidad del condenado, la naturaleza y las modalidades del hecho punible, permitan al Juez suponer que no requiere tratamiento penitenciario. En la sentencia que se revisa no se dio cumplimiento al mandato del literal c), numeral 5° del artículo 171 del C. Penal, de modo que se desconocen las razones para la dosificación de la pena y, por tanto, las circunstancias concretas de agravación punitiva, especialmente aquéllas derivadas de la personalidad del agente.

Ante este vacío es obvio que la única razón que tuvo el Tribunal para negar el referido subrogado, fue la falta de comparecencia del procesado al juicio. En el evento que se estudia no es del caso hablar de una total contumacia del condenado, pues se sabe que rindió indagatoria y estuvo presente en buena parte de la actuación procesal; solamente después de proferido el auto de proceder eludió su presentación. Realmente, a juicio de la Sala, esta sola circunstancia no puede impedir la concesión de la condena de ejecución condicional, pues en el caso examinado, el condenado es una persona carente de toda clase de antecedentes, que con su esfuerzo personal puso en funcionamiento a la empresa que aparece como perjudicada y la llevó a un estado de relativo

éxito comercial, lo que lleva a concluir que no requiere tratamiento penitenciario. En estas condiciones es obvio que el Tribunal interpretó erróneamente la disposición que consagra la condena condicional y por lo tanto, la sentencia será casada parcialmente para reconocerle al condenado la gracia impetrada, tal como además lo demanda el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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:

CASAR parcialmente la sentencia impugnada únicamente en lo relacionado con su numeral segundo en cuanto negó la condena de ejecución condicional al procesado Hernando Márquez Villa. En consecuencia, se le suspende al condenado la ejecución de la sentencia solo en lo relacionado con la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos años, que deberá garantizar con caución prendaria de treinta mil pesos ($30.000) que depositará a nombre del Juzgado del conocimiento. Como Márquez Villa ya consignó la suma de diez mil pesos ($10.000), se le tendrán en cuenta para completar el monto de la caución impuesta. Ante el mismo funcionario suscribirá la diligencia de compromiso a que alude el artículo 69 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

No suscribe la sentencia anterior el señor Magistrado Dante L. Fiorillo Porras porque se halla con permiso.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

De la decisión mayoritaria me aparto en cuanto admite el último cargo formulado por el casacionista y relacionado con la interpretación errónea del artículo 68 del C. P., al negar el Tribunal la condena condicional.

Para la Sala esta negativa solo tiene como precario fundamento "la falta de comparecencia del procesado a juicio", pues no se dieron "razones para la dosificación de la pena", circunstancia aquella que "no puede impedir la concesión de la condena de ejecución condicional", mas cuando se observa que el sentenciado no registra antecedentes, "que con su esfuerzo personal puso en funcionamiento a la empresa que aparece como perjudicada y la llevó a un estado de relativo éxito

comercial", y que no es dable "hablar de una total contumacia del condenado, pues se sabe que rindió indagatoria y estuvo presente en buena parte de la actual procesal". Por eso la censura ha prosperado.

Sobre este planteamiento tengo las siguientes glosas:

1. Si la Corte fuera a dictar una sentencia de sustitución que afectara integral o sustancialmente el fallo emitido, no vacilaría en apoyar una determinación como la que comento, pues la Sala recuperaría el poder discrecional (buen juicio, sensatez, tino, tacto, sindéresis) que comporta la aplicación de este subrogado penal. Bastaría expresar como convicción la conveniencia de su otorgamiento para que el beneficio encontrara adecuado fundamento.

2. Pero, tocar este solo aspecto del fallo sin que pueda advertirse un manifiesto, ostensible o censurable yerro o desvío en el criterio aplicado por el Tribunal, sí implica un lamentable y perjudicial alejamiento de lo que constituye el recurso extraordinario de casación. Aquí sí puede decirse, en tales condiciones, que se ha obrado como tercera instancia.

3. No sé cómo puede aceptarse que lo dicho por el casacionista ha devenido en verdad, o sea, que el Juez malinterpretó el artículo 68 del C. P. Esta norma estructura una facultad discrecional o de arbitrio que, por lo mismo, no puede ser caprichosa sino sensata y racional. Cuando el Tribunal anota que desde que se produjo el llamamiento a juicio del procesado, nada se sabe sobre sus atributos personales y que por lo mismo no puede formular un juicio atendible de conocimiento, al punto que los mismos hagan innecesario el purgamiento de la pena, no contraría ni la verdad procesal ni el texto ni el sentido del mencionado artículo. Y cuando el Tribunal afirma que este sustitutivo penal está bien en quien ha acatado la ley de procedimiento y se ha sometido a sus dictados, posibilitando un trámite más expedito que el de recurrir a la defensa de oficio, a las notificaciones por edicto al mayor y mejor conocimiento del sentenciado, pero no debe concederse a quien se rebela contra sus mandatos, sustrayéndose a la detención preventiva decretada en el auto de proceder, que el Tribunal juzgó necesaria y justa, y una comparecencia directa y personal, tampoco falta a la realidad procesal, ni al texto ni al sentido de las normas. Se consignó un motivo atendible para no dispensar la condena condicional, porque ésta no es atraída, fatalmente, la supuesta bondad general que acompaña a todo procesado sino que exige demostraciones específicas y concretas en este sentido y que no se dé la más mínima circunstancia que aconseje la conveniencia de acentuar el rigor de la punición. No hay aspecto alguno, entonces, que demuestre que el juez ha malinterpretado un texto legal, en forma tal que suscite su repudio o imponga su corrección, ni menos su discrecionalidad haya sido más bien ejercicio arbitrio o caprichoso de funciones que deducción razonada y responsable.

4. En casación no se puede oponer discrecionalidad contra discrecionalidad, como ha ocurrido en este caso, a no ser que su primera aplicación haya estado desprovista de válido apoyo. La doctrina que impedía, por su discrecionalidad, afectar una decisión positiva o negativa al respecto, ha perdido rigor, permitiéndose la prosperidad del recurso cuando el fallador no ha señalado racionales elementos que lo orienten en uno u otro sentido. Pero ahora se comienza una nueva etapa, que

pugna con la esencia y razón de ser del recurso extraordinario, cual es la de auspiciar su ejercicio ilimitado por parte de la Corte, así se desconozcan los aceptables fundamentos invocados por el Tribunal y no se afecte sustancialmente su fallo. Aquí la Corte, contra lo que ha pregonado, opone su personal criterio al del Tribunal, sin antes remover la sentencia en sus características esenciales, tocando apenas aspectos tangenciales.

5. Este modo de pensar me parece todavía más criticable cuando se trata de hacer distingos improcedentes sobre el aspecto de la contumacia, pretendiéndose considerar la presencia física del procesado como más importante en el sumario, así en éste no se haya dispuesto su detención preventiva (instituto en permanente trance de restricción), que en la causa y en su secuela necesarísima de realizar el purgamiento efectivo de la pena impuesta, cuando así lo ordene el Juzgado o el Tribunal, evento este último en el cual se incluye el caso examinado. O cuando se alude al comportamiento del procesado, en la compañía afectada, formalizándose un notorio contrasentido, pues de un lado se afirma la nocividad de su conducta, pregonada por el fallo de condena, y por el otro se hace ver que su conducta le fue beneficiosa, olvidándose de paso, también, la gestión laboral y patrimonial de los otros asociados.

6. Como antecedentes doctrinarios sobre el punto, ahora variados, cito los siguientes: "...lo primero (y aquí la razón por la cual, de modo general, los reos ausentes no concitan este benigno tratamiento), porque se ignora cuál ha sido la actividad de N.N. luego de consumar los ilícitos comentados, dudándose, por ello, en cuanto al certero y sólido juicio que merezca la personalidad. Lo segundo porque el hecho revela, en sí, proporciones de importancia no susceptibles de desatención..." (M. P. Gustavo Gómez Velásquez. Marzo 12/82). "... 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 C. M. 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 le hacían, como que hasta su propia casa fueron las autoridades encargadas de hacer cumplir la decisión del Juez. 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..." (M. P. Alfonso Reyes Echandía. Agosto 9/83).

Repito, pues, que no puedo encontrar ausencia de razón en el Tribunal cuando no accedió a la ejecución condicional de la sentencia y tampoco ahora la advierto ni en las reflexiones del demandante ni en las expuestas por la Corte. Lo que sí observo es el quebrantamiento del esquema básico del recurso de la casación en materia que no deja de tener futura importancia.

Gustavo Gómez Velásquez.
Magistrado

PERITO
Dictamen

El valor del dictamen pericial no depende del traslado específico que atienda sólo a la letra del artículo 276 del C. de P. P., como sí de la posibilidad de su conocimiento por las partes, ni de la posesión del perito en actuación individualizada y concreta, que pierde trascendencia cuando se trata de personas vinculadas a organismos oficiales. En el mismo sentido decidió la Corte en sentencia de 4 de mayo de 1982 y 28 de agosto de 1985.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 60 de julio 2/85.

Bogotá, D. E., julio tres de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Julio César Martínez Melo, por los delitos de "peculado y falsedad en documentos", ha sido condenado a sesenta (60) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según fallo pronunciado el 17 de febrero del año próximo pasado. En la misma sentencia se absolvió a Ildefonso Sánchez Bejarano.

El recurso y la demanda se cursaron oportunamente. Uno y otra se admitieron respectivamente, en autos de cinco de junio y quince de agosto del citado año.

ANTECEDENTES

Bajo este título el Procurador 2° Delegado para lo Penal, escribe lo siguiente:

"...Los hechos que motivaron la formación del proceso se originaron en denuncia formulada por el abogado de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, doctor Otoniel Barragán Lozano dando cuenta de una serie de irregularidades y actos ilícitos que se venían presentando de tiempo atrás en los mataderos de esta ciudad, respecto al recaudo del impuesto de degüello de ganado mayor por parte del Recaudador Especial de dicho tributo, Ildefonso Sánchez Bejarano, su Recaudador Auxiliar Julio

César Martínez Melo y otros empleados públicos quienes valiéndose del socorrido sistema de alterar o falsificar los duplicados al carbón de los recibos originales entregados a los contribuyentes, en cuanto al número de reses sacrificadas y el valor del impuesto cancelado, documentos destinados a servir de comprobantes de las cuentas rendidas a la Tesorería General del Departamento; se apropiaron en provecho suyo o de terceros, durante los años de 1976 a 1977 de una suma equivalente a $2.144.000, según dictamen pericial visible a folios 544 y 545 del Cuaderno número 3.

"En desarrollo de la investigación adelantada por el Juzgado 93 de Instrucción Criminal y con fundamento en la abundante prueba documental y testimonial vertida en autos, vino a establecerse que el procesado Julio César Martínez Melo, en su carácter de Recaudador Auxiliar del Matadero Central de Bogotá era la persona que directamente percibía en efectivo el valor del impuesto por concepto de degüello de ganado mayor elaborando, al mismo tiempo, los correspondientes recibos en original y copia al carbón, entregando al contribuyente el original y reservando la copia la que luego alteraba en su valor, número de reses sacrificados y aún el nombre del usuario; falsos datos que registraba en el libro Diario y que junto con las copias adulteradas eran utilizadas para rendir cuentas de su gestión y manejo a la Tesorería General del Departamento.

"Además, sin mediar autorización de su Jefe, se desplazó en varias oportunidades a los Supermercados Marión y al Matadero de la Universidad Nacional exigiendo a los contribuyentes el pago en efectivo del valor del impuesto de degüello de reses, utilizando un formato extraño para registrar el recaudo; dineros que no ingresaron al erario departamental.

"Oído en indagatoria el sindicado negó los cargos imputados aceptando únicamente haber elaborado los recibos originales que se le pusieron de presente, pero no las copias al carbón cuya firma y contenido negó como suyas aceptando haber realizado recaudos en forma personal mediante autorización de su jefe inmediato, el Recaudador Ildefonso Sánchez Bejarano, quien lo remplazaba en su ausencia y preparaba las relaciones de los contribuyentes con destino a la Tesorería Departamental.

"En orden a precisar técnicamente el autor de la falsedad detectada se ordenó por el funcionario instructor un dictamen grafológico por peritos del Instituto de Medicina Legal, de los duplicados al carbón remitiéndoseles como material de estudio el libro de registro de guías, las inspecciones judiciales practicadas en el Matadero Central, los recibos originales y sus copias y los dictados tomados al sindicado Sánchez Bejarano estableciéndose en un primer dictamen que éste no confeccionó los manuscritos y firmas de los recibos dubitados (fls. 172 del cuaderno número 3).

"El mismo funcionario por auto del 28 de julio de 1978 (fl. 540 del mismo cuaderno, ordenó ampliación del dictamen acompañando los dictados tomados al sindicado Julio César Martínez Melo y el Juzgado Noveno Superior a su turno, ordenó ampliación de la pericia con base en el cuestionario o interrogatorio allí consignado (ver folio 33 del cuaderno número 5).

"Los peritos grafológicos del Instituto de Medicina Legal en informe rendido el 27 de octubre del citado año (fl. 73 *ibidem*) solicitaron al Juez nuevo acopio gráfico para garantizar la identificación inequívoca de las grafías provenientes del puño y letra de ellos (los sindicados); petición acogida por el Juzgado mediante auto del 2 de mayo de 1979 que ordenó ampliar la investigación con dicha finalidad (fl. 139 del mismo cuaderno).

"Visible a folios 399 a 400 del mencionado cuaderno, obra el dictamen definitivo de los peritos del Instituto de Medicina Legal en el que concluyen que las grafías contenidas en los recibos originales y duplicados pertenecen al sindicado Martínez Melo 'es decir que son fruto del desenvolvimiento caligráfico de Martínez Melo en el contenido o elaboración de cada uno de estos recibos, pues ofrecen en su gesto gráfico individual un número suficiente de idiosincrasias gráficas que las hacen similares...' advirtiéndose que los mismos peritos habían conceptuado que los recibos originales y sus duplicados fueron escritos o elaborados al mismo tiempo, pero con excepción al número de reses sacrificadas y al valor del recaudo puesto en las copias, que lo fueron en tiempo diferente.

"Por los hechos reseñados, el Juzgado Noveno Superior de Bogotá mediante auto del 26 de noviembre de 1980 llamó a responder en juicio a los procesados Ildefonso Sánchez Bejarano y Julio César Martínez Melo por los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado, en concurso material de infracciones y en forma continuada, de que trataban los artículos 231 del anterior Código Penal y 3° del Decreto número 1858 de 1951, en armonía con los artículos 32 y 33 del mismo código (fls. 457 y ss. del cuaderno número 5); pronunciamiento apelado por sus defensores y confirmado, sin ninguna modificación, por el Tribunal Superior de Bogotá con el suyo del 26 de octubre de 1981 (fl. 557 y ss. ibídem).

"Rituado el juicio y celebrada audiencia pública sin la presencia de los acusados, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia del 22 de junio de 1983 que absolvió a Sánchez Bejarano y condenó a Martínez Melo a la pena principal de 66 meses de prisión; fallo apelado por el Fiscal del Juzgado y el defensor del condenado y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, con la modificación de rebajar a 60 meses la pena impuesta al último de los nombrados, mediante el que es objeto del recurso de casación...".

La demanda

Se invoca la causal 1ª consagrada en el artículo 580 del C. de P. P., por contener el fallo impugnado errores de derecho en cuanto a la apreciación de los dictámenes periciales practicados en la sumaria, y, deducir para Martínez Melo, sobre la base de haber adulterado algunos recibos, la correspondiente apropiación de dineros oficiales.

Y del siguiente modo se desarrolla la múltiple censura:

a) En cuanto al dictamen proveniente del Instituto de Medicina Legal, considerado como aporte probatorio de especial significación en la sentencia, se anota que

éste "no fue puesto en conocimiento del fiscal, del procesado, de su procurador judicial y de la parte civil". Al estimarse esta prueba se quebrantaron los artículos 215 y 276 ibídem.

b) También se anota que, al preindicado dictamen, se le otorgó el carácter de plena prueba del delito de "falsedad en documentos", quebrándose así la normatividad expresada en los artículos 215, 216 y 278 ibídem, máxime al haberlo admitido "como prueba no solamente del cuerpo del delito de falsedad sino de la responsabilidad penal del acusado", y, que no se expresaron "clara y precisamente las razones que tuvo el fallador para estimar la prueba y concederle el valor probatorio y la trascendencia que le dio".

Se hace, en la demanda, comentario especial del artículo 276, indicándose que "el traslado del dictamen es una ritualidad procesal que pertenece a los modos y las formas de adquisición de la prueba, es un rito imperativo para el juez que debe cumplirse inexorablemente para que el acto de incorporación procesal se surta regularmente. Las ampliaciones o explicaciones pertenecen al contenido de la pericia". Y se concluye, también, en la violación de los artículos 33 y 231 del C. Penal.

c) En relación con el dictamen de Víctor Manuel Saldaña, se anota que no se le dio posesión y simplemente se le recibió el juramento; no se formuló cuestionario alguno, ni se le señaló término para rendirlo; así mismo se omitió el traslado de rigor (artículos 270, 272, 275, 276 ibídem).

Esto lleva al censor a señalar que "como a pesar de lo anterior se tuvo en cuenta el dictamen para la estimación de la cuantía del peculado, el Tribunal incurrió en error de derecho, por haber apreciado una prueba jurídicamente inexistente de acuerdo con los preceptos de los artículos 215 y 270 del C. de P. P." y a invocar el artículo 214 de la misma obra.

Este error lo califica severamente pues "de no haber mediado... el procesado hubiera sido absuelto" o "la sentencia hubiera sido distinta, pues la cuantía tenida en cuenta incidió en la graduación de la pena y tuvo trascendencia en la condena", citando al respecto el artículo 3° del Decreto número 1858/51.

d) Discrepa de este planteamiento del Tribunal: "siendo Martínez Melo la persona que adulteró los recibos –en su mayoría– ... fácil es colegir que necesariamente era quien se apropiaba de los dineros diferenciales de tales operaciones delictuosas" lo tiene por "protuberante error de derecho" y transgresor de los artículos 215, 216, 229, 231 y 235 del C. de P. P.

Sobre este particular comenta: "... No existe la necesaria correspondencia entre los dos hechos relacionados por el razonamiento del fallador para inferir indiciariamente la responsabilidad penal del procesado.

"De la falsedad no necesariamente se infiere la apropiación de los dineros que es la esencia del delito del peculado, mucho menos cuando aquélla no está plenamente demostrada.

"De manera que al erigir en indicio un hecho sin que tenga conexidad lógica con otro se violó el artículo 229 del C. P. P. pero como el asunto fue de mayor entidad porque se le dio la categoría de indicio necesaria, se violó el artículo 231 ibídem.

"No estando probada plenamente la falsedad tomada como hecho indicador, resultó infringiendo el artículo 235 del Código procesal, pues para que un hecho pueda ser apreciado como indicio debe aparecer plenamente probado.

"Y necesariamente fue vulnerado el artículo 216 en sus dos elementos: Estimación legal de la prueba e *'in dubio pro reo'*. Lo primero porque se estimó como indicio necesario un hecho que carece de los contornos y elementos plenos que determinen el grado de correspondencia absoluta para que adquiera esa categoría, y, lo segundo porque dejó de aplicar el principio *'in dubio pro reo'* que resultaba imperativo frente al vacío y la duda de la apropiación de los dineros echados de menos, de los que ni siquiera se conoció su cuantía.

"Como consecuencia del error fueron violados los artículos 33 y 231 del C. P., anterior y el artículo 3° del Decreto número 1858/51, que resultaron indebidamente aplicados pues de no haberse incurrido en falencia la sentencia hubiese sido la absolución plena.

"Los sucesivos errores en que incurrió el Tribunal Superior de Bogotá para configurar la estructura de los delitos de falsedad y peculado fueron la causa de la condena impuesta al recurrente, pues los mismos tuvieron trascendencia en la parte resolutoria del fallo cuyo quiebre se abre paso a través de la presente demanda...".

Consideraciones de la Sala

En el mismo orden en que se han expresado los cargos, se dará respuesta a los mismos.

a) Por fuera de las variadas referencias que el Procurador 2° Delegado en lo Penal, verifica en su concepto, para demostrar que no se incumplieron "los principios de publicidad y contradicción de la prueba generándose un medio de convicción oculto o secreto" (fls. 31 y 32), basta a este respecto como réplica categórica y suficiente la siguiente indicación, también señalada por el Ministerio Público: a fls. 73 y ss. del cuaderno original número 5, aparece el dictamen grafotécnico emitido por el Instituto de Medicina Legal, el 27 de octubre de 1978 y distinguido con el número 78-295-1233 DC/LG". Y, en en folio 80, en auto de noviembre 8/78, se lee en el aparte final "De otro lado, por el término y para los fines indicados en el artículo 72 del C. de P. P., póngase en conocimiento de las partes el dictamen grafológico y grafotécnico obrante a folios 73 a 79 del cuaderno original número cinco".

Las objeciones dirigidas a negar o disminuir el valor de las peritaciones, bajo la consideración del incumplimiento del artículo 276 del C. de P. P., no pueden prosperar. El recurrente invoca este mandato en forma absoluta, prestando más atención a su letra que a su sentido y finalidad. Estos últimos los ha puesto de resalto la doctrina, en la forma como la Delegada tiene oportunidad de citar en sus textos más actuales y completos, así como en la dirección conceptual más atinada. La tesis predominante a este respecto, enseña que no vale tanto el traslado específico de la

pericia, como sí la posibilidad de su conocimiento por las partes interesadas en su discusión y en la viabilidad de esta controversia, bien para procurar su explicación, ampliación o clarificación o para procurar su desechamiento por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción. En el caso de autos, a más de darse concreta actividad de haberse puesto alguno de ellos, el de más trascendencia, en conocimiento de los interesados, es evidente y por lo mismo indiscutible que éstos tuvieron amplio margen procesal para llegar a ese enteramiento y hacer valer su derecho en cualquiera de las indicadas hipótesis o alternativas. Conviene citar a la Delegada en este pasaje de su concepto: "Ahora bien, si –como resulta de autos– el profesional recurrente en casación en su condición de apoderado y defensor del procesado Martínez Melo solicitó en dos ocasiones el cierre de la investigación con resultados negativos porque los peritos no habían rendido el dictamen definitivo (fls. 33 y 66 del cdno. número 5); asistió al sindicado en ampliación de indagatoria, diligencia en la que se le tomó un 'dictado manuscritural' con destino a los peritos de Medicina Legal (fl. 206); debió enterarse del auto de 5 de noviembre de 1979 por el que el Juzgado Superior se negó a reponer la providencia que declaró cerrada la investigación en razón de no haberse surtido el traslado del último dictamen en la forma prevista en el artículo 276 (fl. 423); solicitó ampliación del término del traslado para alegar de conclusión por lo voluminoso del expediente presentando el correspondiente alegato en el que dedica capítulo especial a la crítica de los dictámenes producidos por haberse omitido el traslado de los mismos (fl. 449); apeló del auto de proceder; intervino activamente en la audiencia pública en defensa de su patrocinado cuestionando nuevamente los dictámenes grafológicos (fl. 576) y proferida la sentencia de primera instancia, apeló de ella sustentando la apelación mediante escrito en el que se refirió especialmente a dicha prueba pericial y al dictamen rendido por el perito Víctor Manuel Saldaña reclamando su inexistencia por inobservancia de formalidades legales exigidas para su validez (fls. 6 y ss. del cdno. número 10); constituye un desatino argüir, como lo hace el censor, que en la producción y aducción de la pericia técnica tantas veces mencionada se incumplieron los principios de publicidad y contradicción de la prueba generándose un medio de convicción oculto o secreto para las partes intervinientes en el proceso".

b) Sobre este particular, para desatender esta censura, basta observar el contenido del fallo de condena proferido por el Tribunal, en su parte pertinente. Es así como primero se anota que "se logró establecer que se adulteraron varios recibos –copias al carbón– los que se originaban en razón de pago de impuestos de 'degüello' de reses, alterándose en primer término el valor por tal concepto, el número de reses sacrificadas y aún los nombres de los distintos contribuyentes", aspecto que confirma el referido dictamen; y, luego se comenta: "... cabe señalar que Martínez Melo era el único encargado de recibir los dineros por conceptos de impuestos y así lo refieren varios de los contribuyentes que llegaron a declarar al proceso, haciendo hincapié en el hecho de que al otro recaudador señor Sánchez Bejarano no lo conocieron, que siempre recibía los dineros el nombrado Martínez Melo. Era este mismo el encargado –sin autorización– de desplazarse hasta los supermercados "Marión" y a los predios de la Universidad Nacional para recibir allí el mismo tipo de impuestos, descontándose el correspondiente al uso del Matadero Distrital, pagando tal sólo el impuesto por sacrificio de reses. Para efectuar tales recaudos se prescindió de la copia del recibo empleándose tan sólo un formato en el cual al respaldo se consignaba el

pago del contribuyente, pero aún así los dineros percibidos en tales condiciones y por un período bastante largo no llegó en su totalidad a su destino. Conforme lo declararon las personas encargadas de cancelar el impuesto, vale decir almacén o Supermercado Marión y la Universidad Nacional, al procesado Martínez Melo previamente llamaba a efecto de que tuviesen listos los dineros –en efectivo– así como él a su vez llevaba elaborado el recibo que entregaba a tales usuarios, circunstancia ésta bastante comprometedora para Martínez, aunada al hecho protuberante de ser quien elaboraba las operaciones contables, para finalmente con base en tales actuaciones se elaboraba la relación que se presentaba a la Tesorería junto con los dineros recaudados...".

De ahí, entonces, que como acertadamente lo destaca la Delegada, la sentencia se apoya "no solamente en las conclusiones de los dictámentes grafológicos emitidos, sino de un conjunto de indicios que examinados y valorados en su conjunto, gravedad y pluralidad y concordancia señalan inequívocamente al procesado Martínez Melo como el autor de la falsedad imputada y constituyen plena prueba de su culpabilidad a las voces del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal".

Pero, además, conviene anotar que dichas alteraciones documentales, en su aspecto de cuerpo material del delito, no se acreditan exclusivamente por medio del dictamen pericial sino que surgen como evidencia al comparar objetivamente las alteraciones físicas que ofrecen numerosos recibos con los entregados a los contribuyentes. El propio procesado, al enfrentar esta información, no negó la falsificación producida sino el que él nada tenía que ver con la misma. De donde, una es la prueba y reconocimiento que se hace de la mutación escrituraria y otra la demostración de esa autoría y la consiguiente responsabilidad penal.

En cuanto a la carencia de razones para aceptar la peritación que sirve de elemento incriminante para Martínez Melo, conviene expresar que esta exigencia no se desenvuelve en el sentido señalado por el censor, que reclama observaciones detalladas. *La doctrina ha sido más escrupulosa,* en este aspecto, *cuando se trata de desechar un dictamen que cuando se da la hipótesis de su aceptación y ésta se produce sobre pericia que muestra su seriedad por la calidad científica de sus autores, la naturaleza de las comprobaciones incorporadas y la abundancia de análisis y certidumbre de sus conclusiones,* aspectos todos estos presentes en el caso *su-examine.* La forma como recogió el fallo los resultados de este dictamen, así como las referencias en el de primera instancia (fls. 600, 601), insertos en la sentencia del Tribunal, permiten deducir que los aspectos formales del pronunciamiento de fondo, indicados en el artículo 171 del C. de P. P., se cumplieron en debida forma;

c) Las observaciones relacionadas con la intervención del perito Víctor Manuel Saldaña, atraen como primera y fundamental respuesta, la glosa del Ministerio Público, quien destaca la contradictoria formulación del cargo "pues de una parte se predica la inexistencia jurídica de la prueba (error de derecho en la apreciación de esta pericia) y a renglón seguido se acepta su existencia aunque negándosele validez por incumplimiento de formalidades en su producción (se omitieron la posesión, advertencias y amonestaciones pertinentes, cuestionario y tiempo para rendir el dictamen - artículo 270 C. P. P.)".

Pero también es dable señalar, como se hizo en la sentencia de primera instancia y que se sobreentiende incorporada a la de segundo grado, que la posesión echada de menos se efectuó en la misma diligencia de inspección judicial (fl. 517 cdno. número 3), debiéndose destacar que el señor Víctor Manuel Saldaña, se desempeñaba como empleado público al servicio de la Gobernación de Cundinamarca (Secretaría de Gobierno). En tal diligencia se lee: "...se le recibió el juramento legal al señor perito por cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo...". Esta actuación permite afirmar, según reiterada doctrina de la Corte, que fue advertido de las prevenciones indicadas en el artículo 270 del C. de P. P., aunque no se haga expresa mención de las mismas y se limite el acta a consignar la realidad del juramento otorgado. También suele tenerse actuación de tal índole como la toma de posesión del cargo, pues a partir de dicha diligencia se puede conocer del proceso, como perito, y se crean los nexos de responsabilidad legal que comporta tal designación y el cabal ejercicio de esa técnica colaboración. Además, el auto de fls. 503 (julio 15/78) determina la función que debía cumplir el perito, constituyéndose este auto en la formulación del cuestionario que como tal debía absolver y que fue respondido en el escrito de agosto 2/78, que aparece a fls. 544/545.

Evidentemente, las observaciones del recurrente, se dirigen a destacar aspectos de muy evidente secundariedad, que no afecta la validez de las actuaciones cumplidas ni menoscaban la esencialidad que éstas, desde el punto de vista legal, reclaman. Esto por no recalcar, más aún, la ostensible forma como el memorialista se separa de la realidad en las restrictivas y literales interpretaciones que ensaya sobre el artículo 270 del C. de P. P.

De otro lado, como acertadamente lo señala la Delegada, "en el evento de que el error atribuido al sentenciador en la valoración del dictamen rendido por el perito Saldaña estuviera demostrado, el monto o cuantía de los dineros oficiales ilícitamente apropiados por el procesado recurrente excedería, en mucho, el límite establecido por el artículo 3° del Decreto número 1858 de 1951 –norma sustancial aplicable en su integridad al caso juzgado por ser más favorable al acusado– de acuerdo con las distintas inspecciones llevadas a cabo en el Matadero Central y la Universidad Nacional o el simple cotejo o confrontación entre los valores consignados en los recibos originales y sus correspondientes duplicados al carbón, que conforman varios cuadernos del expediente, con lo que, por este aspecto, el reparo formulado a la sentencia sería jurídicamente intrascendente pues, por otros medios probatorios idóneos se comprueba la defraudación en cuantía superior a tres mil pesos; factor determinante de la sanción impuesta al condenado".

También, como comentario general, *debe recordarse que la posesión de los peritos, como actuación individualizada y concreta, pierde trascendencia y significado, cuando se trata de personas que, como los vinculados a organismos oficiales, v. gr. el Instituto de Medicina Legal, tienen la condición de empleados públicos y de constantes auxiliares de la justicia, sirviendo a los fines del proceso la posesión y juramento que han prestado en sus propias dependencias u organismos oficiales. Si en el proceso penal se ha cumplido con esa posesión y juramento, bienvenida esa extrema diligencia y previsión, mediante los cuales se reitera compromisos contraídos con la verdad y con la ciencia, arte o profesión a que se sirve; pero si se han omitido, en estas especiales circunstancias, es aspecto que no enerva la prueba porque las consecuencias*

que de la misma devienen ya se han conseguido por obra del vínculo oficial que liga a tales personas con organismos oficiales o públicos, obligados por la propia ley de procedimiento, a brindar esa colaboración y asistencia.

De manera que carece de mérito el reproche dirigido a procurar la inexistencia de una prueba con estas advertibles características.

d) Cuando el Tribunal deduce del abundante acervo probatorio (testimonios, peritaciones, inspecciones judiciales, etc.), la responsabilidad de Martínez Melo, enfatizando en que demostrada la realidad de la adulteración documental, en cuanto a conducta suya, debía también aceptarse la apropiación de los dineros oficiales, está procediendo dentro de los más ortodoxos esquemas del raciocinio lógico que debe presidir la crítica probatoria. Ciertamente que, en juicio tal, no se da aventura de pensamiento ni distorsión de la realidad. Por el contrario la reflexión transparenta apego a unas y otras situaciones y tiene que medirse como acto de juzgamiento ponderado. No hay desacierto en la valoración y ésta no puede estimarse, sin incurrir en crítica exagerada y muy particular, como ostensiblemente errada, caso previsto por la casación, en la causal invocada para corregir esta clase de desvíos.

Lo que sí resulta manifiesto es que el censor ha contrapuesto su personal criterio, aunque apartándose de la realidad probatoria y del sistema que éste impera, al del fallador. Y esto no puede admitirse como sistema válido en el manejo del recurso de casación, en el quebranto indirecto de la ley, ni en ninguna otra de sus causales.

Las Censuras no prosperan.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo mencionado en su naturaleza, origen y fecha.

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

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

No suscribe la anterior providencia el señor Magistrado Dante L. Fiorillo Porras porque se halla con permiso.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

CASACION

Oportunidad procesal para interponer el recurso o para presentar la demanda

El escrito de interposición del recurso o el de la demanda, sea que se presenten personalmente ante el funcionario que deba conocer o ante autoridad distinta para que los remita a éste, debe estar en el despacho competente antes de que venza el término que la ley señala para esos cometidos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 61.

Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Se procede a decidir sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Dioselina Alegría Manzano contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 27 de febrero de 1985, por los delitos de falsedad en documentos y hurto.

Mediante proveído de 12 de abril del presente año el Tribunal concedió el recurso, pues encontró reunidos los requisitos "exigidos por los artículos 569, 570 y 573 del C. de Procedimiento Penal" para su otorgamiento (fls. 406 y vto. del cuaderno principal).

SE CONSIDERA

En materia penal, quien pretenda interponer el recurso extraordinario de casación dispone de quince días para hacerlo, contados desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la sentencia de segunda instancia (artículo 573 del C. de P. P.).

Las sentencias se entienden notificadas cuando todas las partes han sido enteradas personalmente de su contenido; o al vencimiento del término de fijación del edicto respectivo cuando ha debido acudirse a ese mecanismo supletorio.

Esto último se deduce del contenido del artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el campo penal por disposición expresa del artículo 181 del Código de Procedimiento, en cuanto dice relación con la forma como debe practicarse la notificación de las sentencias por edicto.

Dice el artículo 181, en su inciso segundo:

"Las notificaciones por estado o por edicto se practicarán en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil".

Y el artículo 323 de este estatuto, establece:

"El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por cinco días, en él anotará el secretario la fecha y hora de su desfijación, y el original se agregará al expediente.

"La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término del edicto" (Inciso 2° y 3° del numeral 4°. Las subrayas no pertenecen a los textos).

En el presente caso, la sentencia de segunda instancia se le notificó personalmente al representante del Ministerio Público el 28 de febrero de 1985 (fl. 402 vto.. del cuaderno principal). La procesada Dioselina Alegría Manzano, quien no se encuentra detenida, y las demás partes, lo fueron mediante edicto que se fijó en lugar visible de la Secretaría del Tribunal el día 6 de marzo de 1985, a las ocho de la mañana, y se desfijó el 13 de marzo siguiente, a la misma hora (fl. 403 y vto. *ibidem*).

No obstante que los cinco días de publicación del edicto se cumplieron el día once de marzo, para los efectos legales ha de entenderse que la notificación se surtió el día doce a las seis de la tarde, como se desprende de la fecha y hora de su desfijación.

Contabilizados los quince días de ejecutoria a partir del día siguiente, o sea desde el trece de marzo de 1985, tal como lo ordena el artículo 573 del Código de Procedimiento Penal, se tiene que las partes disponían hasta el sábado treinta de los mismos mes y año, a las doce del día, para recurrir la sentencia en casación.

El escrito de interposición del recurso suscrito por el apoderado de Dioselina Alegría Manzano tiene nota de presentación personal ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura, de fecha 16 de marzo de 1985, pero en la Secretaría del Tribunal solamente fue recibido el día martes nueve de abril de ese año, a las 9:49 horas, según constancia visible a folio 404 vto. del cuaderno principal, o sea dos días después del vencimiento del término, pues los transcurridos entre el 1° y el 7 de abril fueron de vacancia judicial (Semana Santa).

En relación con la forma de interposición del recurso de casación dispone el artículo 574 del C. de P. P. lo siguiente:

"El recurso se interpondrá por medio de memorial dirigido al Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida".

Se deduce de la norma que la voluntad del legislador fue la de establecer la forma escrita en la formulación del recurso y la de indicar el destinatario de la petición, que viene a ser el Tribunal que dictó la sentencia. Pero nada dice ni da a entender respecto de lo que ocurre cuando ese memorial no se presenta ante el propio

Tribunal, sino ante autoridad diferente, sobre todo en lo que dice relación con la fecha en que debe recibirse en el lugar de destino para poder entender que el recurso se propuso en tiempo.

El Código de Procedimiento Civil regula con mayor precisión el tema en su artículo 369 que es del siguiente tenor:

"El recurso podrá interponerse en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por escrito presentado ante el Tribunal dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquélla" (Subrayas fuera de texto).

De tal manera que cuando se acuda a la forma diferida de interposición del recurso, el escrito tiene que ser presentado ante el Tribunal dentro del término que se señala para la proposición del recurso.

Respecto de la presentación de la demanda, aspecto al que tampoco se refiere de manera expresa el Código de Procedimiento Penal, estatuye lo siguiente el de Procedimiento Civil:

Artículo 84. "Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante Juez o Notario de su residencia caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el Despacho Judicial de su destino" (Las subrayas no pertenecen al texto).

Artículo 373, incisio 2°. "El recurrente podrá remitir la demanda a la Corte desde el lugar de su residencia y se tendrá por presentada en tiempo si llega a la secretaría antes de que venza el término del traslado" (Subrayas fuera de texto).

Del sentido y alcance de esas disposiciones, que pueden armonizarse y que son aplicables en el campo penal por carecerse en éste de normas expresas que precisen la materia (artículo 8° del C. de P. P.), se desprende que el escrito de interposición del recurso o el de la demanda, sea que se presenten personalmente ante el funcionario que ha de conocer de ellos o ante autoridad distinta para que los remita a éste, deben estar en el despacho competente antes de que venza el término que la ley señala para esos cometidos.

Si no fuera así, y en tratándose de la interposición del recurso que es el aspecto que ahora ocupa la atención de la Sala, podría presentarse el caso de que ya declarada ejecutoriada una sentencia y ordenado su archivo se recibiese tardíamente un escrito por medio del cual se interpuso el recurso dentro del término pero ante autoridad diferente que sólo lo envió mucho después.

Tendría siempre el funcionario que dejar transcurrir un prudencial espacio de tiempo después del vencimiento del término, bajo la expectativa de que el recurso hubiera podido ser formulado en escrito pendiente de llegada.

Distinta cosa ocurre cuando la persona es notificada de la providencia por intermedio de funcionario comisionado para ese efecto e interpone el recurso en el acto de la notificación, pues en ese caso valé tanto como si lo estuviera haciendo ante el

funcionario del conocimiento, pues aquél está realizando las veces de éste en ese acto, y, además, se precisa esperar la llegada del exhorto diligenciado para poder tener por debidamente notificado el acto procesal objeto de la comisión.

El entendimiento que se ha dado a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que se dejan comentadas no riñe con lo que dispone el artículo 107 del mismo estatuto cuando dice que "los escritos dirigidos al Juez por quien se halle ausente del lugar del proceso, deberán presentarse personalmente ante juez, notario o autoridad política del lugar de su presentación", pues lo que regula esa norma es la llamada presentación personal para efectos de la identificación de quien entrega el memorial y la constancia oficial de su recibo, pero en nada se refiere a los términos para entenderlo presentado en tiempo.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el recurso no debió haberse concedido por el Tribunal de origen, pues el escrito en que se propuso llegó a esa Corporación vencida ya la oportunidad procesal que se tenía para ello.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de admitir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Dioselina Alegría Manzano contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 27 de febrero de 1985, por haber sido interpuesto extemporáneamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

FALSEDAD POR USO DE SELLO OFICIAL INTEGRALMENTE APOCRIFO

El uso de un sello oficial falsificado, para darle al documento la apariencia de autenticidad, queda subsumido en la falsedad por creación integral.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 061.

Bogotá, D. E., julio cuatro (4) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Vistos

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga mediante la cual se le condenó a la pena principal de tres años de prisión como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y privados, uso de sello falsificado y estafa.

Hechos

Para obtener un crédito por $324.000, de la Caja de Crédito Agrario de Ginebra (Valle), Luis Santiago Ariza Macías presentó documentos falsos (escrituras públicas, declaraciones de renta, contrato sobre cultivo) y se identificó con cédula cuyo número no correspondía a la suya; Ariza ocultó también el hecho de que había incumplido a la entidad créditos anteriores; mediante tal ardid obtuvo el préstamo y de él alcanzó a recibir $194.400.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ginebra, continuada por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal y calificada por el Juzgado Segundo Superior de Buga el 9 de marzo de 1984 con llamamiento a juicio por los delitos de falsificación de sellos (uso), falsedad en documentos, públicos y privados y estafa; clausurada la etapa del juicio, se emitió sentencia absolutoria el 21 de agosto de 1984 por insuficiencia probatoria para condenar; tal fallo fue apelado por la fiscalía, recurso que el Tribunal desató revocando la decisión del Juzgado y condenando al procesado en providencia del 23 de noviembre del mismo año, como ya se indicó.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera, el recurrente formula tres cargos a la sentencia del Tribunal: El primero, por aplicación indebida de los artículos 220 del C. P. y 215 del C. de P. P. por error de hecho en la apreciación de las declaraciones del procesado y del testigo Oscar Ocampo Bedoya, en cuanto aquél sostiene y éste acepta que ha venido tramitándole todas las gestiones documentales que el primero le ha solicitado. El segundo, por aplicación indebida del artículo 221 del C. P. y 215 del C. de P. P. y por falta de aplicación del artículo 216 *ibidem,* en razón de errores de hecho derivados de la equivocada apreciación de la diligencia de inspección judicial sobre las declaraciones de renta del procesado, y el contrato de cultivos y respecto de las declaraciones de Ariza Macías y Ocampo Bedoya; el error en cuanto a las inspecciones judiciales se derivaría de que tales diligencias no demostraron quién fue el autor de las falsedades; en relación con las declaraciones reitera el cargo precedente. El tercero, por aplicación indebida de los artículos 356 del C. P. y 215 del C. de P. P. por errores de hecho derivados de falta de apreciación de varias pruebas (el manual de créditos de la Caja Agraria, los testimonios de José Francisco Díaz, Jaime Ramírez, y el mismo procesado, y el documento en que el Director de la Caja Agraria de Ginebra informa sobre abonos hechos por el procesado al préstamo que se le otorgó), lo que determinó que el Tribunal condenara por un delito de estafa que no existió porque el procesado no obtuvo provecho ilícito con el préstamo, sino al contrario pérdida en la inversión agrícola que hizo con aquellos dineros.

Con fundamento en la causal cuarta, el recurrente formula cinco cargos, así: Primero, falta de competencia del juzgador para enjuiciar por el delito de uso de sello falsificado porque habiéndose cometido el hecho el 28 de diciembre de 1977 –fecha de la escritura pública en la que se estampó el sello falso– habría prescrito el 28 de diciembre de 1982 (pues el máximo de pena previsto es de 4 años) y el auto de proceder se dictó el 9 de marzo de 1984. Segundo, error relativo a la época en que se cometió la infracción, pues en el auto de proceder se dice que fue entre los años de 1979 y 1981 y resulta que la escritura pública tachada de falsa se elaboró el 28 de diciembre de 1977. Tercero, "señalar como normas infringidas no las que correspondían conforme al ordenamiento jurídico penal de 1936 sino de 1980", en cuanto se tuvieron en cuenta los artículos 213, 220 y 221 del actual estatuto punitivo más gravosos para el procesado que los del código anterior (artículos 225, 234 y 240). Cuarto, "mala elaboración del auto de proceder"; deduce este cargo de citas fraccionarias de la sentencia, para concluir que es confuso, gaseoso y "alejado de la limpidez con que se deben formular los cargos al enjuiciar", violándose así el artículo 26 de la C. N. Quinto, emplazamiento precipitado, porque no se esperó que llegaran las respuestas de las autoridades policiales sobre el paradero del procesado para emplazarlo, sino que se procedió a hacerlo y a nombrarle defensor de oficio con quebrantamiento de las garantías constitucionales.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de observaciones críticas sobre la demanda de casación en razón de fallas técnicas, se ocupa de los cargos relativos a la causal cuarta para desechar los tres primeros por improcedentes; pero en

relación con el cuarto –mala elaboración del auto de proceder– se adentra en disquisiciones para demostrar que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 220 del C. P., en vez del 222 ibídem, que no ha debido tener en cuenta; que igualmente aplicó en forma indebida el artículo 213 del C. P. cuando la norma pertinente era el 211; sugiere luego que hubo también violación del artículo 227 del C. P. y termina pidiendo que se case la sentencia en razón de la nulidad tanto constitucional como legal alegada por el recurrente.

Considerandos

Causal 4ª, primer cargo: No solamente está mal planteado este cargo, porque la omisión de declarar una prescripción no hace incompetente al juez que incurrió en ella, sino que el actor equivocadamente supone que el documento integralmente confeccionado como escritura pública lo fue en la fecha allí estampada –28 de diciembre de 1977– cuando la verdad es que hubo de hacerse junto con los demás que el procesado presentó a las oficinas de la Caja Agraria en el mes de abril de 1981, poco antes de esa fecha como que estaba destinado a probar su solvencia económica para la obtención del crédito solicitado, por lo que en su respecto no se daba el fenómeno prescriptivo para la fecha en que se profirió el auto de proceder.

Causal 4ª, segundo cargo: Esta acusación parte del mismo equivocado supuesto de la anterior; el de que la escritura apócrifa fue elaborada en la fecha que allí aparece (28 de diciembre de 1977), cuando en el proceso se demostró que el papel sellado en que se confeccionó salió al mercado en el mes de enero de 1981; por manera que no hubo error del juzgador al señalar como época de los hechos el lapso comprendido entre 1979 (fecha probable de uno de los documentos aportados a la solicitud de préstamo) y 1981 (año en que el procesado obtuvo el préstamo).

Causal 4ª, tercer cargo: Cree el recurrente que han debido aplicarse las normas punitivas del código penal anterior por supuesta favorabilidad, concretamente las que describen los delitos de uso de sello falsificado (artículo 225), falsedad de particular en documento público (artículo 233) y falsedad en documento privado (artículo 240), en vez de las tenidas en cuenta por el fallador (artículos 213, 220 y 221 del C. P. vigente). En relación con el primero de estos delitos, es verdad que aunque tiene en ambos códigos penas mínima igual (seis meses de prisión), la máxima es superior en el código actual (4 años en vez de 3) y por eso podría ser considerado como más favorable el estatuto anterior; sin embargo, ocurre que como el documento apócrifo, que muestra además el sello falsificado, fue confeccionado y presentado a la Caja Agraria entre enero y abril de 1981 cuando ya estaba rigiendo el actual código penal, el delito habría sido cometido en vigencia de dicho estatuto y entonces no sería aplicable ni siquiera ultractivamente la legislación penal anterior. Respecto del segundo delito (falsedad de particular en documento público), obsérvase que las penas mínima y máxima en ambos estatutos son iguales (de 2 a 8 años) y aunque el uno menciona el presidio y el otro la prisión, como aquel ya no es imponible en ningún caso, estaríase ante penas cuantitativa y cualitativamente idénticas, por lo que no cabe hablar de favorabilidad del código de 1936. En cuanto al tercer delito (falsedad en documento privado), teniendo en el código anterior pena de 2 a 8 años de prisión y multa, y en el actual prisión de uno a seis años, resulta evidentemente más

favorable esta disposición que la precedente. Despréndese, pues, de este cotejo normativo que no le asiste razón al recurrente al pretender que se hubiese aplicado el estatuto penal de 1936.

Causal 4ª, cuarto cargo: Con la ambigua acusación del "mal elaborado" el demandante ataca el auto de proceder, pero no acierta a concretar sus yerros; limítase a citar fragmentariamente algunos apartes de dicha providencia, aparentemente para criticar su fundamento probatorio pero sin lograr dilucidar lo que realmente pretendía con ello. Tampoco fue afortunada la Procuraduría al ocuparse de este cargo, pues so capa de apoyarlo, convirtió su concepto en una demanda de casación en la que plantea violaciones directas de los artículos 220, 213 y 227 del código penal, en que habría incurrido el Tribunal, cargos estos que el recurrente no hace a la sentencia y que, por lo mismo, resultan extraños a la tarea del Ministerio Público, en nuestro sistema procesal.

Causal 4ª, quinto cargo: El procedimiento adelantado desde la emisión del auto de proceder hasta su ejecutoria, pasando por los oficios a las autoridades de policía y Departamento Administrativo de Seguridad sobre captura del procesado, edicto emplazatorio, declaratoria de reo ausente, nombramiento y posesión de defensor de oficio, fue correcto y no se violó en manera alguna el derecho de defensa del procesado, pues se cumplieron las exigencias legales para localizarlo sin resultado positivo, por lo demás, del artículo 484 del C. de P. P. no se desprende que en todo caso el juez debe esperar indefinidamente respuesta de las autoridades de policía sobre su requerimiento de captura al procesado antes de emplazarlo; el silencio de aquéllas no impide que el juez proceda a su emplazamiento en el que se le indica término para su presentación; en este caso, la solicitud de captura se hizo el 16 de marzo de 1984, el edicto emplazatorio se profirió el 22 siguiente, el auto en que se le declaró reo ausente se dictó el 5 de abril, la posesión del defensor de oficio se verificó el 13 del mismo mes y la notificación del auto de proceder al día siguiente. No hubo, pues, ninguna anomalía en tal procedimiento.

Causal primera: Los dos cargos que el actor inicialmente hace a la sentencia tienen el mismo enfoque: se presentan como infracciones indirectas por aplicación indebida de los artículos 220 y 221 del C. P. y de los artículos 215 y 216 del C. de P. P. por errores de hecho al apreciar pruebas testimoniales y documentales; no indica, sin embargo, el recurrente las normas procesales sobre estas dos clases de pruebas que considera vulneradas, y en el desarrollo de los cargos lo que pretende demostrar no son errores de hecho, sino supuestos errores de derecho al valorar tales pruebas. Lo que indica, en efecto, es que Oscar Ocampo reconoce, como lo afirma el procesado, que él le tramitó la documentación presentada para su solicitud de crédito y de allí deduce que existe duda sobre la autoría de las falsedades documentales, pero no basta oponer el criterio del recurrente sobre el valor de las pruebas al del juzgador para que prospere esta causal de casación; es necesario demostrar inequívocamente que el fallador incurrió en manifiesto error probatorio que lo llevó a condenar cuando ha debido absolver; situación que no se da en este caso en el que resulta imposible sostener que el procesado fue ajeno a la falsificación de los documentos aportados por él ante las oficinas de la Caja Agraria para lograr el préstamo que pretendía y obtuvo.

Causal primera, tercer cargo: Considera el actor indirectamente violado el artículo 356 del C. P. por aplicación indebida y el artículo 215 del C. de P. P., en razón de falta de apreciación de varias pruebas, a saber: el manual de crédito de la Caja Agraria, los testimonios de José Francisco Díaz visitador de la entidad, Jaime Ramírez, gerente de la Caja en donde obtuvo el préstamo y del mismo procesado, y el oficio en que éste informa de abonos al dicho préstamo. Afirma el actor que no hubo delito de estafa porque se incumplieron normas del manual de crédito, porque el visitador opinó favorablemente sobre el crédito solicitado, porque el gerente reconoció que el procesado inicialmente cumplió con la siembra de fríjol para la que había solicitado el préstamo y pagó las primeras cuotas del mismo y porque el dicho procesado señala que la negociación fue normal. No es cierto que el Tribunal hubiese ignorado tales pruebas; a ellas se refiere en apretada síntesis, para desestimarlas, en dos párrafos de la sentencia (fl. 405) por lo que nuevamente se oponen el criterio valorativo del recurrente al del fallador sin que aquél haya logrado demostrar que éste incurrió en ostensible yerro probatorio al deducirle responsabilidad al procesado por el delito de estafa incluido en el auto de proceder.

Lo que sí *evidencia falla sustancial de la sentencia es el hecho de haber considerado como delito autónomo de uso de sello oficial falsificado, la oposición del mismo en el documento integralmente apócrifo de escritura pública presentado a la Caja Agraria, pues que en tratándose del sello que supuestamente correspondía a la Notaría Sexta de Bogotá donde se pretendía elaborada tal escritura, la oposición del mismo era necesaria para darle la apariencia de autenticidad al documento y por eso queda subsumida en la falsedad por creación integral de la escritura.* Pero como este hecho constituye violación directa del artículo 213 del C. P. por su indebida aplicación y tal cargo no fue hecho en la demanda, la Sala no podrá por propia iniciativa casar parcialmente la sentencia en este punto.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

DEFENSA

No se afecta el derecho de defensa al omitir la práctica de algunas diligencias, si los hechos que así pretendían probarse, ya estaban demostrados en el proceso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 63 de julio 9 de 1985.

Bogotá, D. E., julio 9 de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 14 de abril de 1983 confirmó la del Juzgado 29 Superior de Bogotá que condenó a José Ostilio Neira Díaz a la pena principal de cuarenta meses de prisión en calidad de autor del delito de homicidio en la persona de Librado Salamanca.

El señor defensor del procesado propuso el recurso extraordinario de casación y la citada Corporación lo concedió en auto del 8 de junio de 1983. Esta Sala admitió el recurso propuesto en proveído del mes de julio del año citado. La demanda presentada a nombre del condenado Neira Díaz se declaró ajustada a las exigencias legales en providencia de septiembre de 1983. El señor Procurador 3° Delegado en lo Penal en su concepto solicitó a la Corte Suprema de Justicia desechar el recurso de casación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de junio de 1981 en el barrio Santa Cecilia de Bogotá, calle 44 con carrera 83, surgió un altercado entre José Ostilio Neira, propietario de un almacén de víveres en ese lugar, y Pedro Rojas y Enrique Moreno, porque estos últimos habían dejado mal estacionado un vehículo que impedía el acceso al establecimiento de Neira. Este disparó al suelo en dos oportunidades con el propósito de amedrentar a sus contendores. Librado Salamanca, dueño del vehículo que se encontraba varado frente al establecimiento de Neira, intervino en la disputa y se intercambiaron injurias con Neira, quien disparó al rostro de Salamanca causándole la muerte en forma inmediata.

La investigación se adelantó por el Juzgado 63 de Instrucción Criminal y culminó con el auto del 8 de febrero de 1982, por el cual el Juzgado 29 Superior de Bogotá comprometió en juicio con intervención del jurado a José Ostilio Neira Díaz por homicidio simple en la persona de Librado Salamanca. El Tribunal Superior de esta ciudad confirmó esta determinación en proveído del 28 de junio del año acabado de citar.

Al jurado de conciencia se le propuso el cuestionario que aparece al folio 427 del cuaderno principal, y lo contestó de esta manera:

"Sí es responsable pero obró en estado de ira producido por provocación grave e injusta. El jurado cree que al señor Neira se le debe aplicar la mínima pena posible, teniendo en cuenta que el citado señor es de una conducta intachable, según los datos consignados en el proceso".

Los juzgadores de instancia acogieron el veredicto y con aplicación de los artículos 323, 60 y 64 del Código Penal vigente, se condenó a Neira Díaz a la pena principal de 40 meses de prisión.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se solicita casar la sentencia condenatoria de segunda instancia y declarar la nulidad del proceso por inobservancia de las formas propias del juicio, con menoscabo del derecho de defensa que asiste al procesado.

La impugnación se hace consistir en lo siguiente:

En primer lugar, si bien la testigo presencial de los hechos señora Elvia Carvajal de Millán compareció a la investigación y rindió declaración, el instructor se limitó a preguntarle por la conducta del acusado Neira Díaz, olvidando interrogarla en relación con las circunstancias en que ocurrieron los hechos que culminaron con la muerte violenta del señor Librado Salamanca.

En segundo término, sostiene el defensor del condenado, no se practicaron todas las pruebas que solicitó el apoderado de Neira en la etapa instructiva, según memoriales que obran a folios 88 y 138 del cuaderno principal. Así en concreto, no se verificaron los careos entre el acusado y los testigos Pedro Rojas, Enrique Moreno y Amanda Rodríguez, compañera del occiso Salamanca. Agrega el actor, que el apoderado de Neira se vio obligado a solicitar la reposición del auto que clausuró la investigación con el propósito de que esas diligencias se realizaran, sin lograr que su petición fuese acogida por el juez de primer grado.

Además, se sostiene en la demanda, que para la diligencia de reconstrucción de los hechos no se citó a los testigos presenciales Gloria López de Ospina y José Antonio Avila, en orden a establecer las circunstancias en que ocurrieron los hechos que culminaron con el homicidio del señor Librado Salamanca. En opinión del demandante el funcionario de instrucción "... se limitó a hacer comparecer a las personas que tenían interés en perjudicar al procesado y cuya preocupación era la de presentar los hechos de manera diferente a la real..." (fol. 9 del cuaderno de la Corte).

En síntesis, al finalizar el libelo, el actor afirma que se desconoció la garantía constitucional del debido proceso, pues las irregularidades por él anotadas crearon confusión en el jurado de conciencia. A continuación el apoderado de Neira Díaz comenta algunas piezas procesales para insinuar que el acusado pudo haber actuado en defensa de su vida y de su integridad personal por el ataque de que iba a ser objeto por parte de Librado Salamanca y de sus acompañantes Rojas y Moreno.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador 3° Delegado en lo Penal solicita a la Sala desechar el recurso de casación propuesto a nombre del condenado José Ostilio Neira Díaz y apoya su petición en estas consideraciones:

Es verdad, como lo señala el demandante, que el acusado Neira en su indagatoria citó como testigos presenciales de los hechos a las señoras Elvia Carvajal de Millán y Gloria de Ospina, y que el investigador no formuló a la primera, preguntas en cuanto al desarrollo de los acontecimientos. Para el señor representante del Ministerio Público esta omisión no es suficiente para demostrar el menoscabo del debido proceso, en orden a declarar la nulidad. Agrega el señor Procurador Delegado en lo Penal que el apoderado de Neira no se percató de esa deficiencia para lograr su corrección en el curso del proceso. Así, en la etapa de la causa no se insistió en la recepción de ese testimonio. En cuanto a los careos que no se realizaron, el representante del Ministerio Público sostiene que los testigos fueron citados pero no comparecieron al despacho del funcionario de instrucción. Agrega que las versiones que ellos habían suministrado sobre los hechos se verificaron en la diligencia de reconstrucción. Y, por último, anota que la confrontación entre el acusado Neira y el testigo Pedro Rojas se practicó en la etapa de la causa y por tanto la objeción del demandante carece de fundamento.

Y, finalmente, en cuanto a la no citación a la diligencia de inspección judicial –reconstrucción de los hechos– de los testigos Gloria de Ospina y José Antonio Avila, el señor Procurador 3° Delegado en lo Penal observa que ellos no presenciaron el momento en que se produjeron los disparos por hallarse en otras ocupaciones, según aparece en sus versiones de folios 73 y 76 del cuaderno principal. Por lo demás, dice el agente del Ministerio Público, la defensa no insistió en la ampliación de esos testimonios.

En resumen, se sostiene que no existió restricción del derecho de defensa y que por tanto la petición de nulidad carece de fundamento.

Consideraciones de la Corte

La Sala ha establecido en numerosas decisiones que la omisión en practicar algunas pruebas no es suficiente para configurar un motivo de nulidad del proceso, al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional. En orden a dilucidar la cuestión en un proceso en concreto, es preciso examinar el conjunto de los elementos de convicción que se han allegado para así determinar con exactitud la manera como se desarrollaron los acontecimientos. Una prueba más o una prueba menos no cambia lo que ya se ha demostrado y bien puede calificarse de superflua. Por lo demás, en cuanto atañe a la prueba testimonial, no es raro que los declarantes cambien de domicilio

tornándose difícil y a veces imposible su localización. Si bien es cierto que al juez penal corresponde la iniciativa de la investigación, no lo es menos que las partes deben colaborar que en las diligencias logren su realización, por ejemplo suministrando la dirección de los testigos.

Por último, es preciso recordar una vez más, que según constante jurisprudencia de esta Sala, las simples irregularidades u omisiones en nada afectan el debido proceso; solamente las que por su entidad quebrantan las bases mismas del proceso penal.

La demanda en estudio señala estas tres omisiones: No formulación de preguntas a un testigo; ausencia de confrontación entre el acusado y dos declarantes, y, no citación de dos testigos a la diligencia de reconstrucción de los hechos.

En cuanto a la primera, como bien lo apunta el señor representante del Ministerio Público, es verdad que a la señora Rosa Elvira o Elvia Carvajal de Millán no se le formularon preguntas en relación con el desarrollo de los acontecimientos, ya que sólo se le interrogó por la conducta del acusado José Ostilio Neira (folio 153 del cuaderno principal). Sin embargo, el hecho que con su testimonio se pretendía establecer, el lanzamiento de una ruana al rostro del acusado, se comprobó con la declaración de la señora Gloria de Ospina (fl. 72 vto.). Por lo demás, los juzgadores de instancia se ocuparon de ese hecho en las providencias que calificaron el mérito del sumario.

El apoderado de Neira Díaz en escritos de folios 88 y 138 solicitó practicar diligencias de confrontación entre su poderdante y los testigos Pedro Rojas, Enrique Romero y Amanda Rodríguez, compañera de Librado Salamanca. Al folio 139 aparece el auto del 8 de octubre de 1981 por el cual el Juzgado 29 Superior ordenó realizar esos careos, citándose a los testigos (fls. 143, 146 y 147).

El apoderado del acusado reconoció en su escrito de noviembre de 1981 (fls. 205 y 206) que los declarantes Rojas, Romero y Rodríguez fueron citados pero no comparecieron al despacho del instructor. En definitiva, sólo se realizó el careo entre Neira Díaz y Rojas Hernández en la etapa del juicio (fl. 362). El defensor del acusado, quien ahora lo representa en el recurso extraordinario de casación, no insistió en la práctica de las confrontaciones con los testigos Amanda Rodríguez y Enrique Romero (fl. 349).

En la demanda de casación se afirma que los testigos Gloria de Ospina y Juan Antonio Avila no fueron citados a la diligencia de reconstrucción de los hechos. La Sala advierte que el apoderado del acusado Neira no señaló nombres en concreto para la diligencia pues se limitó a pedir que se citara a "los testigos oculares del caso que nos ocupa" (fl. 88). Tampoco precisó su solicitud en el momento de la inspección judicial, como lo autoriza el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Y, por lo demás, como atinadamente lo observa el representante del Ministerio Público, la señora Gloria López de Ospina y el señor Jesús Antonio Avila no presenciaron el momento de los disparos, según puede verificarse a folios 72 y 76 y ss. del cuaderno principal.

El señor apoderado del acusado Neira Díaz pidió en la etapa probatoria del juicio ampliar "la diligencia de reconstrucción de los hechos" para oír en declaración

a los testigos acabados de nombrar (fl. 349). El juez del conocimiento en auto del 13 de agosto de 1982 rechazó la solicitud, pues consideró "...que su exclusión de tal diligencia sí cuenta con respaldo procesal toda vez que estos testigos no fueron presenciales de la totalidad de los hechos que son materia de investigación, solamente les consta parcialmente la ocurrencia de los mismos, pero el momento culminante, el disparo, no lo presenciaron" (fl. 352). Esta decisión no fue reclamada por el interesado.

En resumen, y *como ya hubo oportunidad de señalarlo, los hechos que pretendían probarse con las diligencias que en definitiva no se practicaron –ampliación de testimonios, careos–, ya se habían demostrado en el curso del proceso y el jurado de conciencia las consideró y emitió su veredicto con base en ellas.*

En estas condiciones no aparece probado que el derecho de defensa se haya afectado al no practicarse algunas diligencias en este proceso. En consecuencia, habrá de rechazarse el recurso de casación propuesto en este asunto.

La Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en acuerdo con el representante del Ministerio Público, resuelve NO CASAR el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a José Ostilio Neira Díaz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario.

PRUEBAS
FACULTAD DE LAS PARTES DE PEDIRLAS Y DEBER DEL JUEZ DE PRACTICARLAS

Las partes que intervienen en el proceso penal, según el artículo 219 del C. de P. P., tienen la facultad de pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes y de intervenir con su producción, su desconocimiento podría considerarse como nulidad de carácter constitucional.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 63 de julio 9/85.

Bogotá, D. E., nueve (9) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo mediante la cual se confirmó la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre que condenó por peculado por apropiación a José Dancur Villarreal, Cajero de la Agencia de Guaranda–Majagual de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en el departamento de Sucre.

1. LOS HECHOS

Se refieren a la desaparición de $2.143.894.90 al efectuarse el arqueo de caja en la oficina o agencia que en Guaranda–Majagual, departamento de Sucre, tiene la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

2. EL PROCESO

Denunció los hechos el señor Manuel Dionisio Pérez Tapia, Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y se refirió al faltante de $2.143.894.90 en la Agencia de Guaranda–Majagual. Debía existir, al efectuarse el arqueo, la suma de $2.144.997.84 y sólo se encontraron $1.102.94 en moneda fraccionaria. También desapareció un revólver Smith y Wesson, número 664881, calibre 38 largo, con chapusa y 6 proyectiles, que aparece apreciado en los libros en la suma de $1.000.

Se abrió la investigación en el Juzgado Promiscuo Municipal de Majagual el 25 de agosto de 1983 y la continuó el Juzgado 8° de Instrucción Criminal. Fueron indagados Heberto Oliveros Requena, Director Encargado; José Dancur Villarreal, Cajero; Rafael Torres Romero, Director anterior; Yomaira Rodríguez Arreola, Secretaria, y el Almacenista Isidro Villarreal Rojas. El 10 de febrero de 1984 el Juez Promiscuo del Circuito de Sucre llamó a responder en juicio por un delito de peculado por apropiación a los indagados José Dancur Villarreal y Heberto Oliveros Requena y fueron definitivamente sobreseídos los demás. Luego de la audiencia pública de rigor se dictó la sentencia de primera instancia de 4 de mayo de 1984 en la cual se condenó a José Dancur Villarreal a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y, en abstracto, al pago de perjuicios, más las accesorias de ley, y se absolvió a Oliveros Requena. Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Sincelejo el 2 de mayo de 1984 en la sentencia que es ahora objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación y sin cita del artículo 580 del C. de P. P., plantea el censor una impugnación por nulidad de rango constitucional "que radicó en la negación de justicia durante el proceso o etapa sumarial", según textualmente se copia.

Afirma que desde que principió la investigación el procesado Villarreal solicitó estar presente en todas las diligencias que se realizaron y, especialmente en la recepción de los testimonios de otros empleados de la oficina con el objeto de contrainterrogar a los declarantes y demostrar así la veracidad de su dicho y, por consecuencia, su inocencia. Luego se refiere a la inspección judicial practicada y afirma que así se corrobora el dicho del procesado y que las declaraciones de Abraham Naizzir y José Luis Monsalve prueban la compra de candados por parte del Gerente saliente Rafael Torres Romero. Dice que el apoderado del sindicado solicitó se llamara a declarar a un "sujeto de antecedentes dudosos, visto por él mismo y que según parece (es) cuñado de la señora Yomaira Rodríguez".

Cita los artículos 26 y 45 de la Constitución Nacional y los dice desconocidos por lo anteriormente consignado y porque no se llevaron a cabo "diligencias que eran indispensables en el esclarecimiento de los hechos", ni hubo "asesoramiento de peritos o técnicos en la materia". Afirma que hay duda acerca de quién o quiénes verdaderamente cometieron los hechos investigados.

En segundo lugar se refiere a la causal primera de casación porque, según dice, se ha configurado un hecho delictuoso sobre pruebas inexistentes y mediante apreciaciones subjetivas. No existe, como se ha querido dar a entender, un indicio necesario para que se diera aplicación a los artículos 217 y 218 del C. de P. P. en la valoración de las pruebas. Las pruebas que se tuvieron en cuenta para condenar son superfluas. Se dejaron de practicar varias pruebas. No hubo asesoramiento técnico. Se evaluaron sólo las pruebas que perjudicaban al procesado y se le condenó solamente con base en un indicio. Casi al final habla de "errónea aplicación de la norma", pues sin estar plenamente demostrado el hecho material de la investigación se aplica el artículo 133 del C. P. para condenar al procesado sin estar demostrado que fue él quien cometió el hecho.

4. Réplica del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a la casación de la sentencia protestada.

En relación con la nulidad que se propone afirma que si bien es cierto que la jurisprudencia admite la existencia de nulidades constitucionales cuando se quebranta el principio del debido proceso, el quebranto de las reglamentaciones correspondientes, penales y procesales, debe aparecer suficientemente demostrado pues de otra manera podría darse relievancia a simples irregularidades. La acusación, en el caso concreto, es imprecisa pues al paso que se afirma que se afectó el derecho de defensa por no practicar algunas pruebas, no se indican cuáles pudieron ser éstas y menos aún su incidencia o trascendencia en el proceso. Destaca que se escuchó al procesado y se le confrontó cuando se estimó necesario sin limitar la intervención suya o de su apoderado. No se precisa, añade, a qué persona se omitió escuchar, o el efecto que dicha declaración, la de un pariente, de una empleada, pudo tener. La adquisición del candado por parte de otro, el ex-Director de la institución, no se relaciona con omisión de pruebas y, por tanto, no puede relacionarse con el fallo sino con su apreciación para deducir de allí determinados efectos. En las instancias no se formuló ninguna objeción por un supuesto quebrantamiento de garantías procesales.

También resulta imprecisa la acusación para el Ministerio Público en relación con el cargo formulado al amparo de la causal primera, pues todo se reduce a la afirmación de errores de apreciación de la prueba sin indicar si se trata de errores de hecho o de derecho. De la misma manera se procede cuando se afirma que sólo se tuvo en cuenta lo desfavorable para el procesado sin manifestar cuáles pruebas le favorecían aunque se aluda, de manera general, que afectarían a otros. Analiza luego los motivos que llevaron a los juzgadores a la condena y los encuentra correctos y, por consecuencia, considera que también este cargo debe rechazarse.

5. Oposición de la parte civil

El apoderado de la parte civil se opone a que se case la sentencia protestada en términos similares a los del Procurador Tercero Delegado en lo Penal. Critica la demanda pues dice que no consulta las directrices técnicas del recurso, que no existe nulidad alguna en el proceso y que no se demuestran las alegaciones que se hacen al amparo de la causal primera.

6. Las consideraciones de la Sala

Según el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, el procesado, su apoderado, el representante de la parte civil y el Agente del Ministerio Público tienen la facultad de pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes y el derecho de intervenir, tanto en el sumario como en la causa, en su producción. Al funcionario de instrucción y al juez les asigna el deber de disponer que se realicen a la mayor brevedad y el de citar oportunamente, si fuere posible, a las personas nombradas antes de la práctica de cada prueba, para que puedan ejercer ese derecho.

El Código de Procedimiento tiene muchas disposiciones que concuerdan con la citada. Por ejemplo, la del artículo 116 que trata de las facultades del procesado en su

defensa, con la del 117 y con todas aquellas que se refieren al desempeño de los cargos de apoderado, defensor y vocero, con la del 102 sobre funciones del Ministerio Público en el proceso, con la del artículo 134 sobre las que le asisten a la parte civil y, en materia de preguntas y contrainterrogatorios de testigos, para todo ello, con la del 253.

El desconocimiento de tales disposiciones no está previsto como motivo de nulidad legal pero podría considerarse su carácter supralegal o constitucional únicamente si se demostrara que con dicha contravención se lesionaron los derechos del procesado a su defensa.

Para sustentar el primer aspecto de nulidad que plantea, el recurrente sostiene que se afectó el derecho a la defensa del procesado, porque a pesar de haberlo pedido desde un principio no se le citó para la práctica de las diligencias tendientes a la producción de pruebas, y especialmente para que pudiera interrogar a los testigos.

Esas afirmaciones no corresponden a la realidad que surge del examen del expediente pues no pidió el procesado la práctica de pruebas y porque no es cierto que la funcionaria de instrucción le negara el derecho a contrainterrogar a los testigos, como lo afirma en un memorial el primer apoderado que tuvo. Cabe apuntar que a más de su indagatoria y la de otro sindicado, cuatro declaraciones fueron recibidas el mismo día y a todas asistió el apoderado, conducta ésta que no repitió con las ocho que se recibieron al día siguiente. Mientras tanto el procesado estaba en libertad puesto que sólo fue capturado y encarcelado veinte días después. Además, si se revisa la diligencia de careo que sostuvo con el otro indagado se verá que es allí donde dice que se le impidió asistir a la recepción de los testimonios de varios de sus campañeros de oficina pero no dice que tal cosa hiciera la Juez sino el Asesor Jurídico de la Caja Agraria que representó a la parte civil admitida en el proceso.

Por otra parte debe decirse que tanto el procesado, su apoderado y su defensor tuvieron todas las oportunidades para controvertir las pruebas y que tal evidencia se traduce, sin lugar a dudas, en un amparo real para los derechos del incriminado.

Por el segundo aspecto y sin que pueda saberse cómo incide lo alegado en la demostración de un cargo por nulidad de rango constitucional, el demandante afirma que hay vicio en el proceso porque no se vinculó a él a un individuo sospechoso, pariente de una empleada y conocido por sus dudosos antecedentes.

La posibilidad de que apareciera otro personaje complicado en la investigación fue prevista por la funcionaria de instrucción y así lo consignó en el punto octavo de un auto por medio del cual ordenó la práctica de pruebas. Algún tiempo después vino la alusión a un individuo de posibles turbios antecedentes, cuñado de una de las empleadas, pero se dijo con claridad que antes de los hechos no se le vio por la oficina. De todas maneras, la remota sospecha que de allí pudo surgir no tuvo la entidad suficiente para empañar siquiera la prueba de cargo existente contra el procesado.

Finalmente, y en forma por demás extraña en el ámbito de la causal alegada el recurrente alude a la existencia de pruebas en el proceso que, como la inspección judicial en la oficina desfalcada y dos testimonios, favorecen al procesado, según dice, pero que nada tienen que ver con posibles defectos de procedimiento.

En resumen, la demanda resulta imprecisa y ello dificulta su examen pues le resta claridad a los cargos propuestos. Además, carecen de todo fundamento fáctico, tal como queda demostrado. Por este aspecto la censura no prospera.

En relación con el cargo formulado al amparo de la causal primera es evidente la carencia de técnica en la sustentación del cargo, pues el actor no se preocupa por precisar si el error que alega es de derecho o si se trata de un error de hecho manifiesto de autos. Solamente coloca una serie de premisas, algunas opuestas entre sí, como cuando afirma que el hecho imputado al procesado se fundamenta en pruebas inexistentes para luego admitir la existencia de pruebas indiciarias y predicar que se les asignó un valor del cual carecían. No demuestra el error en que pudo incurrir el sentenciador al apreciar el ecervo probatorio y, por tanto, tampoco logra destacar la incidencia del supuesto error en las conclusiones del fallo de condena.

La sentencia de segunda instancia acoge los planteamientos probatorios del *a quo* y encuentra deducidos y analizados con acierto los graves, precisos y concordantes indicios existentes, cuya fuerza probatoria llevó al fallador a la convicción plena de la responsabilidad del procesado. La sustentación del cargo resulta solo una crítica personal a los presupuestos de la sentencia pero deja incólume la presunción de legalidad que ampara los fallos judiciales y, por consecuencia, tampoco por este aspecto el recurso prospera.

Por lo dicho, 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario.

VEREDICTO

El veredicto: "Sí, pero con atenuante, en defensa del honor familiar", indica que se ha contestado afirmativamente la responsabilidad y que la adición solo constituye el reconocimiento de una atenuación y no de una causal de justificación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 63 de 9 de julio/85.

Bogotá, D. E., nueve (9) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por el defensor de Dinael García Tarazona contra la sentencia de 17 de septiembre de 1984, del Tribunal Superior de Bucaramanga, por la cual se le condenó por homicidio en Ciro Flórez Moreno a la pena principal de diez (10) años de prisión. En la misma sentencia se le absuelve por el cargo de lesiones personales en Luis José Velandia Sepúlveda.

1. LOS HECHOS

Ocurrieron los hechos el 6 de octubre de 1983. Un primer incidente sucedió en ua parcela denominada "El Taburete", en el corregimiento de Betania, municipio de El Playón. Allí Ciro Flórez Moreno hirió a Virgilio García con un disparo de escopeta de perdigones y Virgilio García hirió a Ciro Flórez y a José Presentación Flórez, hermano del anterior. Un segundo incidente se produjo cuando los hermanos Flórez Moreno acompañados de Carmen Rosa Flórez, Luis José Velandia Sepúlveda y José María Barón, de un lado, y Virgilio García y sus hijos Dinael y Emigdio, de otro, fueron en busca de auxilio médico al puesto de salud de Betania. Virgilio García fue dejado en el puesto médico y sus hijos Dinael y Emigdio, se situaron en la casa de José Ramiro Durán Rubio, quien no estaba pero sí su mujer Rosalinda Pabón de Durán, con el objeto de preparar el almuerzo. Luego llegó el grupo en donde venían los hermanos Flórez Moreno y al pasar por la casa en donde estaban los hermanos Dinael y Emigdio García el primero disparó por dos ocasiones, según reconoce, y Ciro Flórez que venía con las manos y brazos vendados y a caballo cayó de la cabalgadura y quedó muerto instantáneamente mientras Luis José Velan-

dia Sepúlveda y Carmen Rosa Flórez, prima hermana de Ciro y de José Presentación y sobrina de Virgilio García, quedaron heridos. Dinael García Tarazona huyó y días más tarde se presentó ante las autoridades de El Playón.

2. El proceso

Abrío la investigación el Juez Promiscuo Municipal de El Playón y el 11 de octubre de 1983 fue indagado Dinael García Tarazona. Prosiguió la investigación el Juez 13 de Instrucción Criminal quien dictó auto de detención contra el indagado por los delitos de homicidio y lesiones personales.

El proceso correspondió, por competencia, al Juzgado Sexto Superior de Bucaramanga en donde se dictó auto de proceder contra García Tarazona por el homicidio en Ciro Flórez Moreno y por lesiones personales en Luis José Velandia Sepúlveda. Por las lesiones de Carmen Rosa Flórez García de Mejía, fue temporalmente sobreseído. No se practicaron pruebas en la secuela del juicio y el 11 de julio de 1984 se realizó la diligencia de audiencia pública con intervención de Jurado. El Fiscal pidió una contestación afirmativa para los dos cuestionarios propuestos. El vocero de la Defensa pidió al Jurado contestar así: 1. No, por defensa putativa, 2. Sí, pero en estado de ira por grave e injusta provocación, y 3. No es responsable por las lesiones y el homicidio. El defensor pidió se contestara de la siguiente manera: 1. No, por legítima defensa putativa, o 2. Sí, pero en estado de ira por provocación grave e injusta.

Para el cuestionario por homicidio el Jurado contestó: "Sí, pero con atenuante, en defensa del honor familiar" y para el cuestionario por lesiones personales: "No es responsable". El Juez acogió los dos veredictos para absolver por lesiones y condenar por homicidio al procesado a la pena principal de diez (10) años de prisión, en abstracto al pago de los perjuicios e imposición de sanciones accesorias. Descartó la posibilidad de que el Jurado hubiera reconocido una defensa del honor que, según dice, no plantearon ni el Vocero ni el Defensor quienes en ningún momento se refirieron al artículo 29, numeral 4°, del Código Penal. Apelada dicha sentencia el Defensor reiteró sus alegaciones sobre dicho tema pero el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó en la que ahora es objeto del recurso.

3. La demanda

Se fundamenta la demanda en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues considera el censor que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado en contravención de lo dispuesto por el artículo 519 del mismo Código sobre acuerdo de una y otra piezas del proceso.

En desarrollo del cargo recuerda las alegaciones de audiencia en la cual tanto la Defensa como la Vocería se refirieron a la conducta de Ciro Flórez frente a la familia García Tarazona y en especial frente a Virgilio García y afirma que allí está lo relativo al "honor familiar" en la contestación del Jurado. La contestación contiene la afirmación de que existió una "defensa del honor familiar", o lo que es lo mismo, "de un tercero". Afirma también que no está obligado el Jurado a saber que "la legítima defensa del honor familiar, no es otra cosa que la legítima defensa de un tercero, no es

una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal sino una circunstancia excluyente de toda o cualquier responsabilidad penal".

Las anteriores argumentaciones constituyen el núcleo de la impugnación y en su apoyo trae su autor extensas citas de autores nacionales.

4. Contestación del Ministerio Público

Empieza el Procurador Primero Delegado en lo Penal por sostener la autonomía del Jurado para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad en su veredicto y la facultad evaluadora que del mismo corresponde al Juez del conocimiento para concluir que la labor de los juzgadores en el caso de autos se encuentra en todo ajustada a derecho. Niega, por consecuencia, la defensa que pregona el demandante. Y en cuanto a la agregación relativa al honor familiar del procesado, dice:

"Cuando el Jurado reconoció que el condenado procedió 'con atenuantes, en defensa del honor familiar' no entregó algo favorable, puesto que no hizo otra cosa que colocar al justiciable cuando más en la situación prevista en el numeral 4° del artículo 64 del C. P., lo que significa que agregó esa circunstancia, a todas luces inocua, por ser ajena a su competencia, y que sólo puede tenerse como una insinuación graciosa al Juez de la causa, a quien realmente corresponde su reconocimiento efectivo de acuerdo con la ley y la realidad procesal".

5. Las consideraciones de la Sala

Según el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, 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. La posible inobservancia de dicho precepto genera la condición necesaria para recurrir en casación con fundamento en la parte final del numeral 2° del artículo 580 del Código citado. La comprobación del desacuerdo de la sentencia con el veredicto permite la invalidación del fallo impugnado para que pueda la Sala sustituir al juzgador de instancia y dictar aquel que debe reemplazarlo en cumplimiento del imperativo de corregir el error de procedimiento de acuerdo con la previsión del numeral 1° del artículo 583 del mismo Código.

La sentencia de condena que tiene por base un veredicto que dice: "Sí, pero con atenuante, en defensa del honor familiar", no presenta el vicio que se analiza. El monosílabo inicial es afirmativo de la responsabilidad que por el delito de homicidio incumbe al procesado y contesta la pregunta del cuestionario propuesto al señalar una de las dos formas de respuesta exigidas por el artículo 535 del estatuto procedimental. El agregado del Jurado expresa con claridad, a pesar de que no se le exigen precisiones técnicas, que cualquier consideración sobre la defensa del honor, aludida muy ligeramente por la defensa durante la audiencia, constituye apenas una circunstancia de atenuación de la responsabilidad que afirma, sin que de dicha adición pueda desprenderse un fundamento sólido para una sentencia absolutoria.

Si se tratara del reconocimiento de una causal de justificación, como aquélla prevista por el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal según lo alega el censor, se

tendría un veredicto contradictorio pues no podría prescindirse del sí que afirma la responsabilidad y al mismo tiempo habría que aceptar que se la niega con la pretendida defensa del honor familiar. El reproche debía enrutarse, por consiguiente, no por la vía de la causal 2ª de casación sino por la de la 3ª.

Por las consideraciones antecedentes, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

VEREDICTO

Cuando el jurado niega toda intención o todo propósito en la acción, no puede jurídicamente hablarse de ilicitud dolosa o de carácter preterintencional.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 63.

Bogotá, D.E., nueve de julio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Juzgado Diez y Seis Superior de Medellín, mediante sentencia del 24 de abril de 1984 condenó a Rubén Darío Echavarría Correa, como responsable del delito de homicidio en la persona de Amado Saldarriaga Viana, a la pena principal de cinco años de prisión y a las accesorias de rigor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó esa determinación el 26 de junio del año próximo pasado.

Contra este último fallo acudió ante la Corte, en recurso extraordinario de casación el procesado.

HECHOS

Fueron relatados por el Ministerio Público de la siguiente manera:

"...Arturo Viana, residente en el municipio de Bello, reunió a varios amigos en la noche del veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y uno, con el fin de celebrar el matrimonio de su hija Amparo con Adolfo León Echavarría. De momento apareció el señor Hidelbrando Echavarría Correa, para solicitarle al dueño de casa, que suspendiera la música, dado que hacía poco había fallecido un vecino. Al retirarse de ese lugar, desenfundó un cuchillo para advertirle a los presentes, que el que se sintiera mortificado, disgustado por esa amonestación, que bien pudiera hablar para enfrentarse con él; algunos de los presentes manifestaron que estaban dispuestos a hacer respetar esa residencia. El intruso salió para regresar más tarde con peinilla en mano, para blandirla contra Jaime Viana Echavarría, Hernán Carvajal

Pulgarín y Adolfo León Echavarría Estrada, quienes sufrieron lesiones de poca consideración, sin secuelas. El hermano de este individuo, de nombre Rubén Darío, hizo su aparición; disparó un revólver que hizo blanco en Amado Saldarriaga, quien falleció a consecuencia de la lesión que recibió...".

La demanda

Al abrigo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del C. de P. P.) sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal se profirió en juicio viciado de nulidad de cargo constitucional porque el veredicto del jurado fue anfibológico, pues habiendo sido interrogado por un delito de homicidio de propósito contestó: "Sí, pero sin intención, ni propósito".

Para demostrar el cargo discurre:

"...La veredicción que nos ocupa no es clara, precisa e inequívoca, términos necesarios para cimentar una sentencia condenatoria, en la forma como lo hizo el Tribunal de Instancia, supuesto que al suprimirse del cuestionario propuesto a los señores jueces de conciencia el elemento intencional de las lesiones y el propósito de matar, presupuestos fácticos del homicidio preterintencional, mal podría hablarse de la presencia de éste para calificar definitivamente el comportamiento de Echavarría Correa y menos, cuando a la supresión de tales factores subjetivos, podríase dar cabida, interpretativamente, al tipo especial del homicidio culposo, evaluación más favorable en frente a una misma respuesta que confusamente permite la posibilidad de glosas disímiles en el aspecto subjetivo de una conducta y sin lastimar la verdad procesal y la concepción misma del juri.

"Es que, si el legislador en el actual código penal, en relación al delito de homicidio, "prescindió del elemento subjetivo concerniente al propósito de matar, porque en la parte general ya quedó dicho que todos los delitos que describe la parte especial son dolosos, con las dos excepciones de los culposos y preterintencionales los cuales son siempre descritos por normas especiales" (Actas p. 579), necesario se hace para el fallador, ante la supresión del dolo (aspecto general), estimar cuál de los restantes elementos subjetivos que integran el concepto de culpabilidad (culpa o preterintención), va a presidir la conducta del agente del reato, supuesto que siendo estos últimos exceptivos, la simple referencia a la supresión del dolo, como ocurre en el caso a estudio, no desplaza, necesariamente, ese elemento subjetivo del tipo hacia los linderos de la preterintención cuanto también, tal silencio puede ser objeto de proyección hacia la culpa, conceptos ambos que no pugnan con la evidencia procesal...".

Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal desdeña la demanda con los siguientes argumentos:

"...Es claro entonces, que al descartar el jurado la existencia del homicidio voluntario y no tener posibilidad lógica de adecuarse la conducta del reo a su modalidad culposa, los hechos referidos en detalle tanto en el auto de proceder como en la intervención del Fiscal, lo llevaron a afirmar su responsabilidad por homicidio

preterintencional, cuyos elementos compositivos resultaban en su criterio ajustados a la realidad probatoria y que no desconocían , en su naturaleza y alcance, como que dos de los integrantes del Tribunal Popular eran profesionales del derecho, según precisión del propio Juez de Instancia (fl. 245 ib.).

"No recurrieron pues los juzgadores a intrincadas interpretaciones de la respuesta del juri, ni lo suplantaron ni invadieron su soberanía. Dentro del contexto del proceso y del debate un veredicto como el que se examina resulta en extremo claro.

"Es el recurrente quien acude a una oscura y difícil descripción tanto del cuestionario como de su respuesta, hasta el punto de pretender afirmar que al jurado se le interrogó sobre la culpabilidad del acusado en forma fraccionada (intención de lesionar y propósito de matar) o que en dicha pieza se incluyeron dos delitos o las partes estructurantes del homicidio preterintencional. En suma, la ambigüedad parte de la censura, no de la veredicción cuyos términos en modo alguno dan lugar a una 'dualidad interpretativa'...".

SE CONSIDERA

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del C. de P. P.), sostiene el actor que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional, pues en su concepto el veredicto resultó inexistente por cuanto es oscuro y confuso, sin posibilidad de ser traducido al derecho en armonía con la voluntad real que tuvo el jurado al emitirlo, ya que no hay manera de interpretarlo.

A los jueces de hecho se les preguntó por la responsabilidad del procesado en un homicidio doloso al haber "lesionado intencionalmente" y "con el propósito de matar", y su respuesta fue del siguiente tenor: "Sí es responsable, pero sin intención, ni propósito".

No obstante la nitidez de su veredicto se condenó al procesado por un homicidio preterintencional con estos argumentos del fallador de segunda instancia:

"...La respuesta dada por el juri para el homicidio, 'Sí es responsable, pero sin intención, ni propósito', es entendible y no se presta a ninguna interpretación contraria y mucho menos pensar que se trata de una veredicción contradictoria. Lo que quiso el jurado de conciencia, dentro de su soberanía, fue considerar que Darío Echavarría actuó sin intención ni propósito de matar, es decir, que la conducta encuadraba perfectamente dentro de un homicidio preterintencional o ultraintencional. Como lo advierte el fallador de primera instancia, el jurado estaba compuesto por dos profesionales del derecho que perfectamente saben las diferencias entre un homicidio preterintencional y un homicidio culposo, por lo que no son valederas las argumentaciones pregonadas por el defensor de Darío Echavarría...".

No tiene razón el Tribunal para formular este planteamiento. En efecto:

Para que exista conducta dolosa es necesario que el agente con pleno conocimiento y voluntad realice el hecho punible, porque no solamente lo conoce sino que, además, lo quiere ejecutar, o lo acepta porque considera, de algún modo, posible su realización (artículo 36 del C. P.); y, para que exista preterintención se requiere que el resultado de la acción o de la omisión, siendo previsible, exceda la intención del agente, lo que

obviamente precisa de una intención en el delito para lograr un resultado menor del que finalmente se obtuvo y al cual no se quería llegar, porque no se tuvo en mente realizarlo (artículo 38 del C. P.).

Si esto es evidente, hay que convenir que cuando el jurado niega toda intención o todo propósito en la acción no puede jurídicamente hablarse de ilicitud dolosa, o de carácter preterintencional.

Bajo este criterio, no cabe duda que el veredicto que se comenta desechó todo el elemento subjetivo en él punible. Esto significa que el jurado descartó de plano no sólo el homicidio simplemente voluntario por el cual fue interrogado sino que rechazó también el homicidio preterintencional que han pretendido ver los falladores de las instancias, pues si la herida letal la produjo el procesado sin intención de lesionar y sin propósito de matar, cabe afirmar que su comportamiento fue de culpa y que el grado de responsabilidad lo fijó el jurado dentro de ese ámbito legal (artículo 37 del C. P.).

Frente a esta conclusión irrebatible, de orden técnico-jurídico, lo primero que hay que aceptar es que este veredicto per se *no es anfibológico, puesto que es inteligible; lo segundo, que entendido como se ha dicho, puede resultar contraevidente por ser oponible a la prueba recaudada en el proceso y, finalmente, que de ser correcto, la impugnación debió de formularse por la causal segunda de casación dàdo que la sentencia se dictó en desacuerdo con él.*

En ninguno de estos casos la Corte puede ejercer una labor correctora del desatino porque el veredicto no es inexistente, la contraevidencia no es de su incumbencia, y la causal que se debió alegar no puede ser declarada de oficio.

En tales condiciones, el cargo de nulidad supra-legal no está llamado a prosperar.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala 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 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de junio de 1984, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

1° VIOLACION DIRECTA

Se incurre en la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea, cuando el juzgador ha escogido acertadamente la disposición aplicable, pero le da un alcance en desacuerdo con su verdadero significado.

2° JURADO. FALLOS EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE

El fallo de segundo grado en juicios con intervención del jurado de conciencia, no es posible impugnarlo por violación indirecta de la norma de derecho sustantivo, porque el mecanismo para desconocer su voluntad es la contraevidencia del veredicto que corresponde a los juzgadores de instancia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 63 de julio 9 de 1985.

Bogotá, D.E., julio nueve de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bucaramanga en sentencia del 21 de febrero de 1983 confirmó en toda sus partes la del 27 de octubre de 1982 por la cual el Juzgado 7° Superior de esa ciudad condenó a Luis Francisco Angarita Mantilla a ocho años de prisión, como autor del delito de homicidio en la persona de Mario Esteban, y a Evelio Angarita Mantilla a cuatro años de prisión, en calidad de cómplice no necesario de este ilícito.

El señor Fiscal 4° del Tribunal Superior de Bucaramanga interpuso el recurso extraordinario de casación el cual le fue concedido por esa Corporación en proveído del 21 de marzo de 1983.

El representante del Ministerio Público presentó la demanda correspondiente la cual se abstuvo de ampliar el señor Procurador 3° Delegado en lo Penal, y el libelo se declaró ajustado a las exigencias legales en providencia de esta Sala de fecha 7 de febrero de 1984.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de marzo de 1979, en la vereda "El Paujil" de la jurisdicción municipal de Matanza, (Santander), se suscitó una riña entre los hermanos Luis Francisco y Evelio Angarita de un lado y Mario Esteban del otro. Luego de un encuentro entre Evelio Angarita y Mario Esteban en que ambos resultaron heridos y como Luis Francisco resolvió tomar parte en la disputa atacando a Esteban, éste decidió huir y al efecto se dirigió a la casa de Gustavo Osma. Los Angarita lo siguieron armados de cuchillo y como Esteban se refugió en una habitación, los agresores lograron abrir la puerta y Luis Francisco propinó varias cuchilladas a Mario Esteban ocasionándole la muerte de manera inmediata.

El Juzgado 7° Superior de Bucaramanga en proveído del 4 de septiembre de 1979 comprometió en juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Luis Francisco y a Evelio Angarita, el primero como autor de la muerte violenta de Mario Esteban y el segundo en calidad de cómplice no necesario.

El Tribunal Superior de Bucaramanga en proveído del 19 de noviembre de 1979 confirmó al auto de enjuiciamiento del juzgador de primer grado.

Al tribunal de conciencia se le propusieron los cuestionarios de folios 134 y 135 los que contestó de esta manera:

El relativo a Luis Francisco Angarita con un "Sí" y el correspondiente a Evelio Angarita, así: dos miembros del jurado respondieron "Sí" y el tercero "Sí, sin el propósito de matar".

El juez de primera instancia acogió las respuestas de los jurados y, como ya se dijo, condenó a Luis Francisco Angarita a ocho años de prisión y a Evelio Angarita a cuatro años de esa pena. El Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado.

LA DEMANDA

El señor Fiscal 4° del Tribunal Superior de Bucaramanga al descorrer el traslado con motivo de la apelación de la sentencia de primera instancia, pidió la cesación de todo procedimiento contra Evelio Angarita porque, en su opinión, los hechos a él atribuidos eran "atípicos", esto es, no se ajustaban a ningún delito.

En orden a fundamentar su solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el distinguido representante del Ministerio Público analizó a fondo la prueba y concluyó, en síntesis, que si bien Evelio Angarita persiguió con su hermano Luis Francisco a Mario Esteban, sin embargo no penetró a la habitación en que éste se refugiaba y no contribuyó a su muerte, entre otras cosas, porque Elcida Esteban de Osma, hermana de Mario, despojó a Evelio del cuchillo que portaba.

El señor Fiscal transcribió comentarios de tratadistas nacionales y extranjeros a propósito de la complicidad y concluyó en su escrito, que la conducta asumida por Evelio Angarita resultaba irrelevante para el derecho penal.

El Tribunal Superior de Bucaramanga analizó la petición del representante del Ministerio Público y la rechazó en el fallo materia de este recurso extraordinario, pues consideró que Evelio Angarita fue el causante de la tragedia, se comprometió en lance a cuchillo con Esteban y así armado se dirigió hacia el lugar donde éste se refugió, con el evidente propósito de causarle la muerte pues así lo manifestó en voz alta y de ello dieron cuenta algunos testigos. Se expresó así la Corporación luego de referirse a los hechos acabados de mencionar:

"....

"Circunstancias que bien ponen de presente, tal como se ha dicho, su voluntad homicida traducida en actos ejecutivos, que fueron incluso, tal como se deduce de autos, la fuerza moral que generó el impulso de Luis Francisco Angarita como autor de la consumación del hecho punible materia de juzgamiento; razones más que suficientes, que exoneran a la Sala de todo comentario frente a la deducción de responsabilidad de Evelio Angarita Mantilla como cómplice en el delito imputado, a más de que este aspecto fue ampliamente analizado en el debate público y mereció la veredicción afirmativa de la responsabilidad por el jurado popular, en los términos ya anotados. En síntesis, por cómplice no necesario se entiende la persona que presta al autor o autores, una cooperación cualquiera material o moral que no es necesaria para el delito, pero que favorece su comisión.

Esta Sala de Decisión Penal, después de revisado el proceso, comparte íntegramente la determinación del *a quo* y por ende la ratificará, al encontrar a cabalidad reunidos los presupuestos probatorios exigidos por el artículo 215 del Código de P. P. para dictar sentencia condenatoria".

El agente del Ministerio Público ante la citada Corporación repite su planteamiento en la demanda de casación y solicita absolver a Evelio Angarita, previa casación del fallo condenatorio.

En resumen, el señor Fiscal dice compartir la estimación de la prueba allegada al proceso e impugna el fallo condenatorio de segunda instancia con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la norma de derecho sustantivo, resultado de interpretación errónea del artículo 20 del Código Penal, al darle un alcance que no corresponde a su verdadero sentido pues no comprende los hechos atribuidos a Evelio Angarita. En opinión del representante del Ministerio Público, el comportamiento de este último es "atípico" y en orden a sostener este criterio, recurre al examen de la prueba y concluye que la complicidad no existió ni por el aspecto material ni por el moral. Como lo hizo en ocasión anterior, en apoyo de sus tesis invoca la doctrina nacional y extranjera, y solicita al final de sus alegaciones casar el fallo de segunda instancia y absolver al acusado Angarita Mantilla.

Consideraciones de la Sala

Es evidente la falla del demandante al invocar la violación directa de la norma de derecho sustantivo por interpretación errónea del artículo 20 del Código Penal de

1936. En primer término, porque de esta manera pretende eludir el análisis probatorio pero, en definitiva, el actor examina los elementos de convicción allegados al proceso para concluir que no existió la complicidad ni desde el punto de vista material ni por el aspecto moral, pasando así a la violación indirecta de la norma de derecho sustantivo. En segundo lugar, conforme a la doctrina imperante, se incurre en la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea cuando el juzgador escoge acertadamente la disposición legal aplicable al caso pero le da un alcance en desacuerdo con su verdadero significado. Se hace decir a la norma algo contrario a su texto y a su espíritu.

Este no es, precisamente, el caso en estudio. Los juzgadores de instancia con fundamento en la respuesta del jurado, en acuerdo con el auto de proceder y el cuestionario, entendieron que Evelio Angarita debía responder por el homicidio en la persona de Mario Esteban en calidad de cómplice no necesario (art. 519 del Código de Procedimiento Penal) y procedieron a imponerle la sanción correspondiente, según los artículos 20 y 362 del Código Penal de 1936. En consecuencia, las normas de derecho sustantivo fueron escogidas acertadamente y se les dio una interpretación correcta, imponiendo al acusado la pena que le correspondía.

El representante del Ministerio Público pretende que la Sala case la sentencia de segunda instancia y absuelva a Evelio Angarita por su participación en el homicidio cometido en la persona de Mario Esteban. Ello no es posible en los términos del libelo que ha presentado. Se trata, como es claro, de un juicio con intervención del jurado de conciencia y si su respuesta no ha desconocido en las instancias en la forma prescrita en los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal, al juzgador no le queda otro camino que aceptarla y dictar sentencia en pleno acuerdo con ella (art. 519 del estatuto acabado de citar).

La Sala en su más reiterada jurisprudencia ha establecido que *el fallo de segundo grado en juicios con intervención del jurado no es posible impugnarlo por violación indirecta de la norma de derecho sustantivo, pues a ello se oponen estas razones que hasta ahora permanecen incólumes: Los jurados deciden según su "íntima convicción" y no están sujetos a tarifa legal de pruebas ni a la sana crítica (art. 560 del Código de Procedimiento Penal); tampoco fundamentan su respuesta, es decir, no la motivan pues basta contestar con un "sí" o un "no" (art. 535* ibídem*); el mecanismo para desconocer la voluntad del jurado es la contraevidencia del veredicto, que conforme a los artículos 565 y 567 de la codificación ya mencionada, sólo corresponde a los juzgadores de instancia; en el caso de que la Corte pretendiera ignorar el veredicto, no podría dictar sentencia de mérito conforme a la causal primera (art. 583 numeral 1°* ibídem*), porque de esta manera estaría desconociendo lo prescrito en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal. Y, por último, es preciso recordar que la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia en el año de 1936, descartó expresamente el motivo de casación de la contraevidencia de la respuesta del jurado previsto en la Ley 118 de 1931, vigente para esa época.*

En definitiva, la demanda de casación propuesta por el señor Fiscal 4° del Tribunal Superior de Bucaramanga no puede prosperar por los motivos que se acaban de exponer.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Evelio Angarita Mantilla por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA

Son diversas las modalidades en la violación directa y en la violación indirecta de la ley. Cuando se escoge la primera se está reconociendo que los presupuestos fácticos y probatorios fueron correctamente manejados, porque la falta se relaciona con el tipo penal que subsumió la conducta o con otra norma sustantiva, mientras que en la segunda se controvierten los elementos probatorios de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta número 063.

Bogotá, D. E., julio nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensór de Fredy Ramos Noak y Ricardo Buitrago Bello, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual se confirmó la del Juzgado 17 Penal del Circuito en la que se condenó a aquéllos como responsables de abuso de confianza.

HECHOS

Fabriciano Ardila Sabogal entregó la suma de ochocientos mil pesos a la empresa Socalco Ltda., de la que Buitrago y Ramos eran socios, así como gerente y subgerente respectivamente, para que dicha sociedad le trajera al país una maquinaria que se encontraba para la venta en los Estados Unidos. Esta gestión no se realizó por cuanto el aparato fue vendido a un tercero y los procesados no devolvieron el dinero que habían recibido, aunque meses después de iniciado el proceso penal lo consignaron a órdenes del respectivo funcionario judicial.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada y adelantada por el Juzgado 57 de Instrucción Criminal de Bogotá; después de clausurada, el Juzgado 17 Penal del Circuito dictó

auto de proceder contra Ramos y Buitrago por el delito de abuso de confianza en la modalidad de uso indebido; por este mismo hecho ese Juzgado los condenó a la pena principal de diez y seis meses de prisión, mediante providencia de febrero 22 de 1984, y esa decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de junio del citado año, la cual ha sido recurrida en casación.

Las demandas de casación

En la demanda presentada como defensor de Ramos..., el recurrente afirma que en la sentencia del Tribunal se incurrió en interpretación errónea o aplicación indebida del artículo... del P. para sustentar tal aseveración aduce que no fue su ... ...esentado sino el departamento de contabilidad de Socalco Ltda. ... n recibió el dinero de Ardila Sabogal; que Ramos actuó sin do... ni culpa; que se trataba de un contrato civil y que, por ello, ... entregada debe tenerse como abono a los honorarios y gastos de la empresa aludida.

Como defensor de Buitrago Bello, el mismo demandante acusa a la sentencia del Tribunal, en primer término, de haber violado indirectamente normas sustanciales, por errores de hecho y de derecho, y en este sentido alega que Buitrago Bello no se encontraba en Colombia cuando Ardila Sabogal acordó el negocio con Socalco Ltda.; que en ese momento la maquinaria efectivamente estaba para la venta y que Buitrago Bello no obró dolosamente. Por tanto, según el demandante, habríase violado los artículos 215, 217, 220, 236 y 481 del C. de P. P. y los artículos 24, 358, 359 y 372 del C. P. Subsidiariamente el recurrente ataca la sentencia por violación directa de estas mismas disposiciones del Código Penal.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha indicado que ambas demandas incurren en grave desconocimiento de la técnica y de los principios que rigen el recurso extraordinario de casación. Al respecto puso de presente que en ellas se confunden ostensiblemente las distintas modalidades de violación de la ley sustancial; que cada una de las demandas contiene proposiciones contradictorias y que, en suma, el demandante se limita a repetir ahora argumentos que con razón ya fueron descartados por los juzgadores de instancia. Consecuentemente, el representante del Ministerio Público ha pedido a la Sala que no case la sentencia impugnada.

Considerandos

1° *Ha reiterado incansablemente esta Sala que dentro de la causal primera de casación son bien diversas las modalidades de violación directa e indirecta de la ley sustancial, pues al escoger la primera se está reconociendo que los presupuestos fácticos y probatorios del proceso fueron correctamente manejados por el sentenciador, cuya falla se vincula en un plano estrictamente jurídico al tipo penal dentro del cual subsumió la conducta del procesado o a cualquiera otra norma sustantiva de la que derivó la decisión atacada; en cambio, al plantear la segunda se controvierten aquellos supuestos fácticos o probatorios sobre los que se edificó la sentencia recurrida.*

También ha predicado constantemente esta Sala que la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea son tres formas diversas de violación

inmediata de la ley sustancial, que no pueden, por lo mismo, refundirse ni predicarse de una misma situación, pues la primera supone inaplicación de la norma pertinente al caso sub judice, la segunda muestra aplicación de norma sustantiva diversa de la que correspondía, y la tercera, distorsión del verdadero alcance conceptual de la norma pertinente. Con igual insistencia ha manifestado la Corte que en el plano de la violación indirecta de la ley sustancial no deben equipararse los errores de hecho y de derecho, como que apuntan a dos extremos distintos, referido el uno a lo fáctico y el otro a lo jurídico.

2° *En sus demandas, el actor refunde antitécnicamente las violaciones directa e indirecta de la ley sustancial, dentro de aquélla la aplicación indebida con la interpretación errónea, y respecto de esta, el error de hecho y el de derecho, pues todos estos aspectos inarmónicos los acumula desordenadamente para alegar al propio tiempo que no se tuvieron en cuenta unas pruebas, que se las apreció incorrectamente, que la conducta fue atípica, porque se trataba de un contrato civil, que Buitrago se hallaba fuera del país cuando ocurrió el hecho, pero que actuó sin dolo; que Ramos ejerció un derecho y que además actuó de buena fe.*

3° Se está, pues, ante dos alegatos de instancia en los que el demandante reitera planteamientos vertidos en estadios procesales ya superados, pero alejados del rigorismo lógico que es propio del recurso extraordinario de casación; por lo demás, los argumentos ahora nuevamente esgrimidos no alcanzan a afectar la esencia probatoria que dio fundamento a la sentencia recurrida.

De tales consideraciones despréndese la necesidad de mantener el fallo atacado.

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

DESECHAR el recurso de casación impetrado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

AUTO DE PROCEDER

La circunstancia consagrada en el artículo 60 del C. P. cuando está debidamente demostrada debe consignarse en el auto de proceder, pero su omisión no constituye nulidad, porque existen otros momentos procesales en los que pueda dilucidarse.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., julio dieciséis de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior de Tunja confirmó integralmente la Sentencia proferida por el Juzgado 5º Superior de dicho Distrito Judicial en cuyo texto se condenó a Froilán Gutiérrez Niño a la pena principal de 10 años de prisión y a las accesorias de ley, por el delito de homicidio. El Defensor del Procesado interpuso contra el fallo de sugunda instancia recurso de casación que fue concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la damanda que se estimó ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público, se procede a resolver.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los hechos que generaron el proceso ocurrieron en la noche del 24 de diciembre de 1981 en la vereda "Ovejeras" jurisdicción del Municipio de Sutatenza (Boyacá), cuando de camino a casa, Misael Alfonso fue lesionado mortalmente con arma cortopunzante y de fuego, por Froilán Gutiérrez Niño. Momentos antes, Misael y su hermano José Neftalí habían estado jugando tejo y tomando cerveza en la tienda de José Ernesto Fula, lugar donde se encontraba el sentenciado. Entre estas personas se presentaron divergencias de palabra y de hecho y fue así como Misael y Froilán forcejearon por un cuchillo y un revólver, resultando el primero cortado en los dedos y desposeído del arma de fuego que le fue devuelta por el Procesado luego de extraerle y arrojar los proyectiles con que se encontraba cargada. Finalmente los beligerantes, luego de este primer altercado, quedaron como amigos y se dirigieron a

sus respetivos hogares y en el camino se produjo el segundo incidente que dio origen a los hechos juzgados.

2. La investigación penal fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Muncipal de Sutatenza, que practicó las primeras diligencias investigativas, continuadas luego por un juzgado de instrucción criminal. El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado 5° Superior de Tunja, que en providencia de agosto 18 de 1982 abrió causa criminal contra Froilán Gutiérrez Niño, por el delito de homicidio en la persona de Misael Alfonso, y contra José Neftalí Alfonso, por el delito de lesiones personales en la humanidad del condenado. Apelado el auto de proceder, fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal de Tunja en providencia de noviembre doce del mismo año, en cuyo texto apuntó respecto a la situación jurídica de Gutiérrez Niño, que en su favor no concurría ninguna clase de agravantes o atenuantes especiales. No se hizo expresa mención a la circunstancia modificadora de responsabilidad penal contenida en el artículo 60 del C. P. "Ira e intenso dolor", pues no fue siquiera sugerida en los alegatos previos a la calificación del sumario.

3. Tramitada la causa y sorteados los jurados, el 7 de junio de 1983 se celebró la primera audiencia pública en cuyo desarrollo y cumplidas las deliberaciones de rigor, los integrantes del Tribunal Popular, respondieron negativamente los dos cuestionarios planteados, absolviendo con ello a los enjuiciados Gutiérrez Niño y Alfonso por los delitos de homicidio y lesiones personales, respectivamente. El 14 de junio inmediatamente siguiente, el Juzgado estimó, apoyado en la realidad procesal, el fallo en favor del hermano del occiso, pues las heridas de Froilán debieron ser ocasionadas por él mismo, al repeler el ataque del condenado, pero, notoriamente contrario a la evidencia de los hechos el veredicto relacionado con Gutiérrez Niño, pues la prueba incriminatoria obrante en su contra era suficiente para afirmar su responsabilidad. Al ser consultada dicha decisión, fue aprobada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Tunja en providencia de agosto 10 del mismo año.

4. Sorteados los nuevos jurados de conformidad con lo preceptuado por el artículo 565 del C. de P. P. –inciso 2°– el 15 de noviembre del año en referencia se realizó el último juzgamiento, en desarrollo del cual los jueces de conciencia respondieron claramente y de manera afirmativa el cuestionario que se les planteó, desestimando así las alegaciones del Ministerio Público cuando subsidiariamente solicitó el reconocimiento de la circunstancia modificadora de responsabilidad consagrada en el artículo 60 del C. P. y del Defensor de Froilán Gutiérrez Niño cuando insistiendo en sus anteriores elucubraciones, afirmó la ausencia de prueba para condenar, pues sus manifestaciones de ser completamente ajeno a la muerte de Misael Alfonso debían ser atendidas.

La demanda de casación

Con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, argumenta el casacionista que la sentencia en contra de Froilán Gutiérrez Niño ha sido proferida en juicio viciado de nulidad.

Luego de analizar varias pruebas que dice fueron desatendidas en el trámite de las instancias, fundamenta su crítica al fallo recurrido con la afirmación de que el

auto de proceder no cumplió con el mandato legal que impone el deber de consignar las circunstancias conocidas que lo especifiquen. Como para entonces estaba probado que el procesado había actuado dentro de un estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno, grave e injusto, el auto de llamamiento a juicio que omitió esa mención, contravino las formas propias del juicio. Destacó que:

"En el caso *sub examine,* el veredicto del jurado fue condenatorio por unanimidad, sin reconocer la circunstancia contemplada en el artículo 60 del C. P., circunstancia debidamente probada a lo largo de la investigación. Pero si el veredicto no reconoció tal atenuante, fue precisamente porque el útlimo convencimiento del jurado se formó por razón de la verdad procesal presentada en forma recortada, toda vez que el auto de proceder resultaba incompleto, al no reconocer la circunstancia atenuante, no obstante que de la prueba existente hasta ese instante se deducía tal circunstancia; siendo el procesado Froilán Guitérrez Niño juzgado contraviniendo mandato constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio penal, es decir no dando cumplimiento a las obligaciones prescritas en el artículo 483, numeral 3° del C. de P. P.".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en posición abiertamente contraria a la esbozada por el casacionista, sostiene que el auto de proceder dictado en contra de Gutiérrez Niño se ajustó a lo dispuesto en el ordinal 3° del artículo 483 del C. de P. P. y si allí no se dedujo en favor del procesado el fenómeno de la "ira y el intenso dolor causado por comportamiento ajeno, grave e injusto", fue porque carecía de la más mínima demostración procesal, siendo así que ni el apoderado del Incriminado ni el Agente del Ministerio Público hicieron referencia a dicho tema en los alegatos previos a la calificación del sumario. Que si finalmente la Fiscalía en diligencia de audiencia pública optó por solicitar, aunque subsidiariamente, dicha circunstancia al jurado de conciencia, es claro que sus integrantes en ejercicio de su fuero interno la rechazaron al afirmar de manera simple la responsabilidad del acusado. Solicita en consecuencia, se mantenga el fallo atacado.

Consideraciones de la Corte

Planteado el cargo dentro de la causal cuarta de casación, habida cuenta de que el actor estima que en el auto de proceder se omitió hacer referencia a una circunstancia modificatoria de la responsabilidad y, por lo tanto, en su opinión fueron desconocidas las formas propias del juzgamiento, es necesario hacer algunas precisiones para dar respuesta a la acusación.

Es verdad que *el numeral 3° del artículo 483 del C. de P. P. establece que en la motivación del auto de proceder debe hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen y que justamente la consagrada en el artículo 60 del C. P., es de aquellas que, debidamente demostradas deben ser consignadas en el auto enjuiciatorio. Aclárase, sin embargo, que en la calificación sólo pueden ser incluidas esta clase de circunstancias, en la medida en que se reúnan a plenitud las exigencias legales para su estructuración, que sólo podrán ser conocidas cuando tengan respaldo probatorio adecuado, a mas de que es necesario recordar que esta Sala en forma repetida ha dicho que la violación de las*

formas propias del juicio constituyen nulidad de carácter constitucional, cuando dan lugar a que se quiebre la estructura del proceso o por su ocurrencia se menoscabe el derecho de defensa.

En cuanto lo primero precísase que de conformidad con el artículo 60 del C. P., para que pueda darse la causal de atenuación allí consagrada, no es suficiente con que el apelante haya actuado dentro de un estado de ira o intenso dolor, es indispensable, además, que a ese estado emocional lo haya llevado un comportamiento ajeno, grave e injusto. Si como lo advierte el señor Procurador Delegado en lo Penal, los hechos ocurrieron en dos momentos diferentes y que el primero terminó con la reconciliación de sus protagonistas, no hay razón fundada para suponer ira o dolor con motivo de los acontecimientos subsiguientes. Con menor razón cuando el procesado no ha hecho siquiera insinuación de que haya sido presa de tal estado emotivo.

Es claro que en el auto de proceder (providencias de 1ª y 2ª instancia) nada se dijo sobre el fenómeno atenuativo previsto en el artículo 60 del C. P., pero, tal situación no fue la consecuencia de la deliberada o involuntaria actitud del juzgador para desconocerlo, sino el resultado de su obligado análisis frente a la prueba que en manera alguna permitía la estructuración de dicha figura jurídica y menos, se reitera, cuando quien ahora se proclama como su beneficiario ha negado de manera insistente su participación en el hecho punible materia de investigación. Conscientes de ello, el apoderado del incriminado y el Fiscal del Juzgado, nada mencionaron sobre el tema en sus alegatos previos a la calificación del sumario.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que la aminorante alegada fue inexplicablemente omitida en la calificación del proceso, en ningún momento tal irregularidad puede erigirse en nulidad como la reclamada por el censor, ya que por expreso mandato de la ley, existen otros momentos procesales en que dicha situación puede dilucidarse. Es así como el jurado, en presencia del claro mandato contenido en el artículo 535 del C. de P. P., puede responder la cuestión propuesta por el juzgador de derecho y agregar todas las circunstancias diversas a las contenidas en su texto, que a su juicio, acompañaron el desenvolvimento de los hechos. Los jueces de conciencia no desconocían la facultad que sobre el particular les asistía pues fueron ilustrados suficientemente por el representante del Ministerio Público durante el desarrollo de la audiencia pública, cuando subsidiariamente les impetró el reconocimiento de la ira y el intenso dolor en favor del acusado y si su respuesta fue simplemente afirmativa de responsabilidad, fue porque dentro de su íntima convicción tal planteamiento carecía de apoyo en la investigación. Tal determinación mal puede desconocerse por la vía de una interpretación distinta de la prueba, como lo pretende el casacionista, pues si bien, sus alegaciones constituyen trasunto de su personal opinión sobre la misma, tales disquisiciones tienen vigencia durante el trámite de las instancias, pero ningún recibo en sede de casación, tal y como lo ha reiterado de manera permanente esta Sala en pretéritas decisiones.

Es más, si la crítica resulta finalmente dirigida al veredicto de responsabilidad emitido contra Gutiérrez Niño, al pensarse que los integrantes del jurado de conciencia valoraron equivocadamente la prueba que *in extenso* relaciona y analiza el demandante, cobra actualidad lo dicho insistentemente por la jurisprudencia en punto semejante:

"a) Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga (artículo 560 del C. de P. P.), de manera que no deben fundamentar su respuesta ni hacer un justiprecio de las razones de índole probatoria que los llevaron a tomar su determinación. En estas condiciones no es posible afirmar que incurrieron en desconocimiento de la realidad probatoria o que la valoraron equivocadamente, que es presupuesto esencial en los cargos por violación indirecta, porque falta el necesario elemento de comparación entre las bases probatorias del proceso y las que fueron tenidas en cuenta en la veredicción",

"b) El artículo 519 del C. de P. P. dispone que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate, esto es, que la base de la sentencia no es la prueba en forma inmediata, como ocurre en los casos en los que no interviene el jurado, sino la respuesta de los jueces populares. Ante este imperativo mandato legal el juez en la instancia, y salvo casos de inexistencia o de contraevidencia frente a los cuales no podrá dictar fallo de mérito, deberá dictar sentencia con fundamento exclusivo en la respuesta de los jueces de hecho. De no hacerlo así incurriría en desconocimiento de las formas propias del juicio y, además daría razón para la prosperidad de la causal segunda de casación que se presenta precisamente cuando la sentencia se dicta en desacuerdo con el veredicto",

"c) Las causales de casación son taxativas de modo que no puede ser alegado en sede de este recurso extraordinario un motivo distinto de los previstos en el artículo 580 del C. de P. P. como la injusticia notoria del veredicto o su falta de conformidad con la realidad probatoria no están elevadas a la categoría de causal de casación, no es válido plantear este tema en la Corte cuando la ley lo ha deferido de manera expresa a la consideración de los jueces de derecho en las instancias",

"d) En el supuesto de que en sede de casación llegare a admitirse que el veredicto es injusto o contrario a la evidencia de los hechos, a la Corte no le quedaría camino distinto que casar la sentencia y dictar la que debe reemplazarla; al proceder en esta forma tendría que desconocer el veredicto, con violación de lo preceptuado por el ya citado artículo 519 del C. de P. P., a la vez que daría motivo para que tuviera operancia la causal segunda de casación por falta de concordancia entre el veredicto y la sentencia".

Las anteriores consideraciones que reflejan el permanente criterio de la Corte sobre estos temas, son suficientes para desestimar las pretenciones del actor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el día 12 de noviembre de 1982, dentro de la causa adelantada contra Froilán Gutiérrez Niño, por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

CONSULTA
ALCANCE DEL ARTICULO 199-1 DEL C. DE P. P.

Para efectos del grado jurisdiccional de consulta, es necesario fijar el extremo mayor a que pueda llegarse en la determinación de la pena, atendiendo, en el caso de agravantes, a sus cuantificaciones superiores y, en el evento de las diminuentes, a la menor cantidad de rebaja que sea posible.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 63 de julio 9/85.

Bogotá, D. E., julio dieciséis de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de catorce de agosto del año próximo pasado, corregida aritméticamente en auto de 28 de agosto, impuso a José Arley Jaramillo Toro, como responsable del delito de homicidio preterintencional en Luis Elías Cardona Herrera, veinte (20) meses de prisión, o sea la misma pena privativa de la libertad señalada por el Juzgado 4° Superior de Cartago (junio 11/84).

En tiempo oportuno interpuso casación el fiscal 1° de la Corporación, recurso admitido en auto de nueve de octubre del mencionado año. La demanda correspondiente, que no fue objeto de la facultad consagrada por el artículo 571, por parte de la Delegada, se declaró ajustada a las formalidades de ley en proveído de 24 de abril del año en curso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquéllos tuvieron ocurrencia en el "Bar Los Cuyos, sitio en el perímetro urbano de La Unión (V), murió, estrangulado, Luis Elías Cardona Herrera, mientras, borracho, exteriorizaba inoportunos antojos de manosear y de estar al lado de Luz Danelly Palacio Medina, mujer de oficio que vivía en esa población. Y se dice 'inoportunos' porque la muchacha, en esos momentos, dedicaba su atención y preferencia a José Arley Jaramillo Toro quien, sintiéndose fastidiado por la actitud

impertinente y hostigante del instruso, lo tomó del cuello, lo zarandeó para luego soltarlo, sin barruntar que con ese acto le producía la muerte por estrangulamiento".

El auto de proceder residenció en juicio criminal a Jaramillo Toro para responder de un delito de homicidio, simplemente intencional. El primer veredicto reconoció que el procesado "no es responsable, por no existir plena prueba", lo cual dio origen a un fallo absolutorio, en el Juez 4° Superior (marzo 25/83), revocado por el Tribunal (junio 16/83). La segunda respuesta del jurado dijo: "Lo mató, pero cometió el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto y con preterintención", contestación que permitió dar aplicación a los artículos 60 y 325 del C. Penal, en la forma que se dejó anotada.

La demanda

Se invoca la causal 4ª del artículo 580 ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") del C. de P. P. Con base en los artículos 199 del C. de P. P. y 60, 223 y 225 del C. P., se afirma que el Tribunal carecía de competencia para revisar el fallo pronunciado por el Juzgado 4° Superior de Cartago, ya que la pena imponible no excedía los cinco años.

Para el recurrente "este razonamiento, mirado al contexto de la ley, es evidente por sí mismo y no requiere demostración, salvo que se quiera especular diciendo, por ejemplo, que el auto de proceder es la pieza procesal con poder de regir el tipo de delito, lo que no resultaría tan lógico ni tan sensato, en especial si se pone atención a algunos jurisprudencias de la Corte que señalan el veredicto del jurado como la máxima calificación del tipo delictivo imputable al reo.

"Huelga agregar que la nulidad que se invoca aquí tiene como fundamento la propia ley, artículo 210, ordinal 1° del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el *ad quem* carecía de competencia para pronunciarse, en el grado de consulta, sobre asunto que no la tenía".

Consideraciones de la Sala

Si bien el fallo impugnado, en cuanto a la pena privativa de la libertad, expresa una sanción idéntica a la de la sentencia que se pretende mantener como ajena al grado de la consulta, lo cual permitiría advertir cierta ausencia de interés jurídico en la prosperidad del recurso extraordinario intentado, no es menos evidente que tal decisión introdujo un gravamen de consideración en cuanto al señalamiento de los perjuicios ocasionados con el delito cometido. En razón de esta última variación, la Sala procederá a dasatar la ameritada impugnación.

1. *Cuando se trata,* como en el caso examinado, *de fijar el alcance del artículo 199-1 del C. de P. P. ("el delito por que se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo exceda de cinco años"), es necesario fijar el extremo mayor a que pueda llegarse en la determinación de la pena, atendiendo, en el caso de las agravantes, a sus cuantificaciones superiores y, en el evento de las diminuentes, a la menor cantidad de rebaja que éstas puedan ofrecer, caso este último en el cual se ubica la situación de Jaramillo Toro.*

2. *Conforme al anterior enunciado, en su parte final, se tiene que el artículo 323 del C. P., fija para el delito básico de homicidio una pena de 15 años de prisión, en su máximo. Esta, en virtud del artículo 325, en su máxima disminución, sólo ofrece una rebaja de una tercera parte, quedando aquella tasación, por este concepto, en 10 años de prisión. Y, finalmente, en virtud del artículo 60, la pena no puede ser mayor de la mitad del máximo, o sea, en el caso* sub lite, *a cinco años, estando esta determinación por debajo de la regla a la 1ª del citado artículo 199 del C. de P. P.*

Quiere decir lo anterior que el Tribunal Superior de Buga, debió rechazar la consulta decretada por el Juzgado 4° Superior, en auto de veintisiete de junio de 1984, y en consecuencia abstenerse de revisar el fallo pronunciado por ese despacho.

La censura 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:

CASAR el fallo de catorce de agosto de 1984, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. El proceso volverá al Juzgado 4° Superior de Cartago, para que se proceda a declarar la ejecutoria de su sentencia de once de junio del referido año.

Cópiese, notifíquese cúmplase y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

IRA O INTENSO DOLOR

Cuando la respuesta del jurado de conciencia es incompleta en cuanto a la circunstancia atenuante, porque afirma la ira o el intenso dolor pero no expresa su causalidad con la conducta como originada en comportamiento grave e injusto, es necesario recurrir al debate de la audiencia y a las pruebas del proceso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado José de Jesús Cáceres o Jaimes contra la sentencia del 16 de junio de 1983, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, para condenarlo a la pena principal de once (11) años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable de doble homicidio en las personas de Rosalino Mayorga Niño y José Antonio Martínez Suárez.

El recurso fue admitido y la demanda presentada a su nombre, por apoderado especialmente constituido, se consideró ajustada a las exigencias legales (fls. 2 y 17 del cuaderno de la Corte).

HECHOS

Los que dieron origen al proceso aparecen fielmente reseñados por los juzgadores de las instancias, de la siguiente manera:

"Refieren los autos que el día martes primero de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en el corregimiento 'Laguna de Ortices' comprensión municipal de San Andrés, en la tienda-cantina administrada por la señora Bertilda Suárez Caballero, se encontraban desde las primeras horas de la tarde departiendo e ingiriendo bebidas embriagantes, los ciudadanos Nepomuceno Hernández y Rosalino Mayorga.

A tal establecimiento hicieron su arribo pocas horas más tarde Ernesto García, Diógenes Quintero y el sindicado José de Jesús Cáceres, conocido también en la región con el nombre de Jesús Jaimes, quien en las horas de la mañana había estado asoleando un poco de café en casa de su amigo Félix Forero, y una vez hubo finalizado su tarea se dirigía a su casa de habitación, distante del corregimiento en mención, pasando por frente del establecimiento de Bertilda y optando por reposar unos momentos. Después de los saludos propios de los que allí se encontraban fue invitado por Rosalino a tomarse una cerveza y poco después la tertulia se volvió general y en completa normalidad durante el transcurso de la tarde. Ya cayendo el día hizo su aparición en el local precitado, José Antonio Martínez, quien al igual que los anteriores fue invitado por los presentes a seguir al establecimiento y tomarse una cerveza, máxime que allí se encontraba su cuñado Rosalino Mayorga Niño. A eso de las seis de la tarde aproximadamente los amigos y parientes por afinidad, Rosalino Mayorga y José Antonio Martínez, resuelven alejarse del lugar en dirección a sus hogares, y para tal efecto salen a la calle del poblado, cuando de manera intempestiva y revólver en mano igualmente sale de la sala del establecimiento José de Jesús Cáceres y después de intercambiar algunas palabras con Rosalino le dispara causándole la muerte en forma inmediata, y al tratar de mediar en defensa de su cuñado José Antonio, nuevamente acciona el arma de fuego y le causa una herida en el estómago que pocos metros después lo hace caer exánime y en breves minutos le ocasiona su deceso".

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada al día siguiente por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés (Santander) quien escuchó en declaración a los testigos presenciales de los acontecimientos. Casi un mes después –el 29 de diciembre de 1981– se presentó el sindicado José de Jesús Cáceres o Jaimes acompañado de apoderado y fue oído en indagatoria, oportunidad en la que aceptó haber disparado contra Rosalino y José Antonio cuando éstos lo injuriaron y se aprestaban a agredirlo armados de revólver y cuchillo (fl. 34 vto. del cuaderno principal).

Se expresó así en lo pertinente:

"...bueno yo al ratico salí a orinar a un zaguancito que hay, y estando allá orinando llegaron ellos Rosalino Mayorga y José Antonio Martínez, bueno y me dijeron 'gran hujueputa vamos a peliar' tanto allá, estando allá me dijeron así y Rosalino Mayorga le daba mano al revólver y José Antonio le daba mano al cuchillo en ese momento que me dijeron así gran hijueputa vamos a peliar, en esas llegó Tadeo Cáceres y los sacó a ellos pa juera les dijo que no se pusieran a peliar, que no se pusieran a joder, bueno ellos viven en el Alto de San Pedro, bueno yo me metí a la tienda, estábamos con Nepomuceno y Bertilda dentro de la tienda, estábamos experimentando unos caseses, me puse a charlar con Nepo que me había dicho de una pesada de carne para una molida, bueno estando así yo le dije a Nepo 'gueno mañana nos vemos yo bajo presto con la res' y salí a venirme cuando estaba Rosalino Mayorga, José Antonio Martínez en la puerta de la sala de salir a la calle, yo salí así y me dijo 'gran hijueputa vamos a matarnos', me dijo Rosalino, tenía un revólver en la mano, José Antonio tenía el cuchillo en la mano, cuando yo salí me dijeron gran hijueputa vamos a matarnos y ambos armados el uno con el revólver y el otro con el

cuchillo, yo visto eso, yo saqué el revólver y lo disparé en forma inmediata y salí y me fui pa la casa...".

El Juzgado Promiscuo Municipal por auto de 4 de enero de 1982 decretó la detención preventiva del sindicado por el doble homicidio (fl. 37 *ibidem*).

Practicadas otras diligencias, el proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, el cual clausuró la etapa investigativa por considerarla perfeccionada. Ese mismo despacho, en providencia del 17 de agosto de 1982, acogiendo la opinión de su colaborador Fiscal, llamó a responder en juicio criminal, con intervención de jurado de conciencia, al procesado José de Jesús Cáceres o Jaimes por los delitos de homicidio simplemente voluntario o de propósito en Rosalino Mayorga Niño y José Antonio Martínez Suárez, en concurso de hechos punibles, pronunciamiento del que no recurrieron las partes (fls. 99 a 124 *ibidem*).

Rituado el juicio sin que se hubieren practicado otras pruebas, el 24 de febrero de 1983 se dio comienzo a la audiencia pública en la que el Fiscal del Juzgado, luego de descartar las explicaciones del sindicado relativas a la legítima defensa o a la aminorante de la ira por comportamiento ajeno, grave e injusto de que trata el artículo 60 del Código Penal, concluyó solicitando al jurado de conciencia una respuesta afirmativa a los cuestionarios, o en su defecto, el reconocimiento de la atenuación punitiva consagrada en el artículo 63, numeral 3° del mismo Código, para darle alguna entidad a las ofensas de que dijo haber sido objeto el procesado por parte de Rosalino Mayorga, de acuerdo con esta fórmula: "Sí, en estado de ira, sin grave e injusta provocación".

A su turno, el vocero y la defensa, después de criticar acervamente la prueba de cargo y resaltar la sinceridad de las manifestaciones del procesado, propusieron a los jueces de conciencia el reconocimiento de una legítima defensa, o la diminuente de la provocación, de conformidad con las siguientes fórmulas que, por escrito, les presentaron: "Sí, en legítima defensa de su vida o de su integridad personal", para ambas cuestiones, o en subsidio para las mismas: "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación" (fls. 151 a 168 del cuaderno principal).

Los cuestionarios, redactados con estricta sujeción a los términos contenidos en el auto de proceder, fueron contestados por el Jurado de la siguiente manera: "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor" (fls. 145 y 146 *ibidem*).

Inconforme la defensa con dicha respuesta solicitó la declaratoria de contraevidencia de la veredicción o el reconocimiento de la diminuente de la provocación. El Juzgado del conocimiento desestimó tales peticiones por considerarlas improcedentes y emitió el fallo que puso fin a la instancia, mediante el cual condenó al acusado a la pena principal de once años de prisión. Al examinar los veredictos, estimó el juzgador que en la forma en que aparecían redactados, debían interpretarse como simplemente afirmativos de la responsabilidad del sindicado pues "cabe entender y ha de observarse que la expresión 'pero en estado de ira e intenso dolor' empleada por el jurado en su veredicto, significa que el resultado homicida de esta tormenta sicológica no correspondió cualitativa ni cuantitativamente a su causa, fue exorbitante o desmesurado; siendo ello así, el fallo en conciencia implícitamente rechaza la gravedad e injusticia de la provocación por comportamiento ajeno, como atributos

legalmente básicos o indefectibles en la integración de la mencionada atenuante de la responsabilidad (artículo 60 del C. P.)" (fl. 188 del cuaderno principal).

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Bucaramanga, obrando de acuerdo con su colaborador fiscal, le impartió confirmación mediante el fallo que es objeto del recurso de casación.

La demanda

Al amparo de la causal segunda de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia por haber sido dictada en desacuerdo con el veredicto del jurado, reproche consistente en que los juzgadores de instancia interpretaron equivocadamente la veredicción, al negarle a la adición o agregado "pero en estado de ira e intenso dolor" el alcance y contenido que los jueces de conciencia le quisieron imprimir a sus respuestas, identificándose así con la tesis subsidiaria esbozada por la defensa en el debate público, la cual, por lo demás aparece respaldada con elementos de convicción aducidos al proceso.

Arguye el demandante que el fallo impugnado desconoció flagrantemente la voluntad del jurado traducida en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 60 del Código Penal. Al referirse a los planteamientos de las partes intervinientes en la audiencia pública y a las fórmulas y alternativas por ellos presentadas a los jueces populares, expresa:

"Frente a los extremos propuestos, el jurado respondió a ambas cuestiones afirmando la responsabilidad del procesado pero reconociendo que éste actuó en estado de ira y de intenso dolor, mediante la formula de 'Sí, pero en estado de ira e intenso dolor'.

"Atendiendo más a lo literal del veredicto, identificándolo arbitrariamente con la propuesta del fiscal, primero el Juzgado y luego el Tribunal concluyeron que las respuestas del jurado contenían una simple afirmación de la responsabilidad, entendiendo que el agregado explicativo introducido por los jueces populares no traducía la circunstancia específica de atenuación descrita en el artículo 60 del C. P.

"Empero, una correcta interpretación del veredicto, aquella que busque su armonía con lo acontecido en el curso de la audiencia y con las pruebas del proceso, debe conducir, necesariamente, a admitir que los jurados quisieron reconocer la atenuación que como tesis subsidiaria fue propuesta por la defensa, no obstante que incurrieron en imprecisión jurídica al describir la diminuente.

"Esta deducción resulta válida si se repara que en el curso de las intervenciones no se ilustró al jurado sobre las consecuencias jurídicas de suprimir expresiones en la respuesta recomendada por la defensa, ni se hizo confrontación alguna entre la simple circunstancia de atenuaciónn genérica que consagra el artículo 64, numeral 3° del C. P., y la específica consagrada en el artículo 60 de la misma obra".

Afirma igualmente el censor que el expediente arroja elementos de juicio suficientemente reveladores de la conducta pendenciera del occiso Rosalino Mayorga y de su actitud en relación con el sindicado, sobre los cuales descansa probatoriamente la circunstancia de atenuación específica reclamada por la defensa, entre los

que menciona la declaración del Inspector de Policía del corregimiento "Laguna de Ortices" y las explicaciones suministradas por el procesado en su indagatoria para concluir que "resulta válido afirmar que los hechos imputados a José de Jesús Cáceres ocurrieron bajo el imperio de una conmoción emocional, un estado de ira y de dolor intensos, que tuvo como causa eficiente la actitud ofensiva, injuriosa y amenazante realizada por los occisos, particularmente por Rosalino Mayorga".

Recuerda que la Corte en recientes decisiones jurisprudenciales, especialmente en sentencia de 31 de mayo de 1983, ha remozado su tradicional doctrina sobre el particular en el sentido de no exigir para el reconocimiento del delito emocional, fórmulas de estricto contenido, "dando cabida en la tarea de interpretación a los planteamientos ocurridos en el seno de la audiencia y a los elementos probatorios aportados al proceso".

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y se dicte la que deba reemplazarla.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del recurrente por estimar que la respuesta del jurado fue correctamente interpretada por los falladores de instancia al descartar la aminorante específica de punibilidad planteada en el debate público por vocero y defensor y, en cambio, reconocer un simple estado emocional en el comportamiento homicida del sindicado, en la forma y con el alcance sugeridos, como tesis subsidiaria, por el agente del Ministerio Público.

Razona a este respecto de la siguiente manera:

"Aparece claramente de lo expresado que la respuesta del jurado fue imprecisa o incompleta en relación con el reconocimiento de la mencionada circunstancia atenuante, pues si bien afirmó la existencia de la ira o intenso dolor, se abstuvo de expresar su causalidad en cuanto a que se originara en 'comportamiento grave e injusto... conforme a los términos de la disposición del nuevo estatuto (art. 60)'.

".....

"Se hace necesario, como lo ha expresado la jurisprudencia, recurrir en casos dudosos y para efectos de la correcta interpretación de la respuesta de los jueces de conciencia, al debate de la audiencia, en cuanto a las alegaciones presentadas, la calificación y aún a las pruebas del proceso, para poder deducir el alcance que debe darse a las expresiones utilizadas por aquéllos.

"En el presente caso y como lo consignaron los fallos y aparece del acta respectiva, se hizo por las partes intervinientes en el debate público una amplia referencia al punto, la defensa y su vocero, para afirmar la legítima defensa y subsidiariamente, la existencia de la atenuación indicada; y el Ministerio Público por el contrario, para negar una y otra situación jurídicas".

Luego agrega:

"Es del caso anotar, que si bien como lo dice el demandante, no se explicaron las consecuencias de la omisión, cabe advertir que las alegaciones presentadas, permitían inferir tal efecto, pues el fiscal, como se dijo insistió al respecto y explicó por qué razones no podía aceptarse que existiera una grave provocación suficiente para determinar que el procesado procediera, armado y con el propósito de eliminarlos, a atacar a los occisos, de quienes afirmó no tenían armas; y por el contrario, esta situación sí fue afirmada por la defensa.

"De lo anterior se deduce, que si hechos los planteamientos expresados y suficientemente claros, con conocimiento bastante, atendida la ilustración que les daban los razonamientos expuestos, los jueces de conciencia se abstuvieron de hacer la calificación necesaria en cuanto a la ira o de atribuirla a la provocación grave e injusta en términos de la anterior legislación, se debió a que no quisieron reconocer esta circunstancia, como lo consideraron los falladores, pues de otra manera su pronunciamiento hubiera sido más concreto en cuanto a la misma en palabras que permitieran traducirlo, sin que esto signifique que se les exigiera manifestarse en términos jurídicos".

Y advierte que el antecedente jurisprudencial citado por el demandante en apoyo de sus argumentaciones si bien corresponde a un caso en èl cual el veredicto fue similar al emitido en esta causa, sin embargo, en aquella oportunidad las partes de consuno solicitaron el reconocimiento de la circunstancia atenuante y los antecedentes probatorios llevaban a dicha conclusión.

En la sentencia invocada por el censor y a la que alude el Procurador Delegado, correspondiente a la casación del 31 de mayo de 1983, en causa seguida contra Hugo de Jesús Acevedo Cardona, aún no publicada, se dijo por esta Corporación:

"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 (ante 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 llamarse 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".

En el caso que se analiza, y según se lee en el acta que recoge lo acontecido en la audiencia pública, el debate oral se circunscribió al planteamiento de tesis antagónicas, pues al paso que el Fiscal reclamó del jurado una respuesta afirmativa de responsabilidad en los términos en que fueron redactados los cuestionarios, la vocería y la defensa coincidieron en proponerle el reconocimiento de la justificación del hecho por haber obrado el procesado en legítima defensa de su vida o de su integridad personal. Sin embargo, ambas partes presentaron a consideración del jurado de conciencia, como tesis subsidiaria, el reconocimiento del estado emocional del sindicado en razón de las injurias u ofensas de que da cuenta en la indagatoria, pero con diferente enfoque y consecuencias jurídicas como se desprende de las conclusiones a que llegaron en sus respectivas intervenciones.

Examinado el testimonio rendido por Ernesto García Pedraza, expresó el Fiscal del Juzgado que "...se podía afirmar sin la menor duda alguna (leyó ese testimonio) que el enfrentamiento que costó la vida a los labriegos Rosalino Mayorga y José Antonio Martínez fue querido y buscado por el acusado Cáceres o Jaimes a raíz del 'hijueputazo' que le profirieron en el zaguán de la tienda, y lo cual de conformidad con la doctrina (leyó un aparte al respecto de la obra, 'Causales de Justificación' del Tratadista doctor Romero Soto) lo hacía responsable de ambos homicidios a términos de la responsabilidad que se le dedujo por ellos en el pliego de cargos, pues a lo sumo aquel 'hijueputazo' se podía aceptar a favor suyo como la circunstancia de atenuación punitiva consagrada como la tercera en el artículo 64 del nuevo Código Penal, pero nunca jamás como el estado de ira e intenso dolor definido en el artículo 60 *ibidem*. Así, el señor Fiscal tras exhaustivo análisis de las aportaciones probatorias recaudadas en el proceso, alentó la convicción que se dejó resumida sobre la responsabilidad del acusado Cáceres, con sesuda argumentación suya, y en, forma consecuente, propuso respetuosamente al jurado de conciencia emitir el veredicto para ambas cuestiones con un 'Sí es responsable', o si prefería comentar su veredicto, y para darle alguna entidad a las palabras ofensivas que manifestaba el acusado le dijo Rosalino Mayorga, quien estaba también tomado, con un 'Sí en estado de ira, sin grave e injusta provocación', dando así por finalizada su intervención" (fl. 155 del cuaderno principal).

El vocero, a su turno, planteó "...la tesis de los hechos cometidos por el acusado en legítima defensa suya, al repeler una agresión inminente o actual, grave e injusta, al tenor de los términos de la misma, o en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación, y ésta de manera subsidiaria a aquélla, dado el interés en juego de la libertad del procesado, y para no colocar al jurado dentro de una camisa de fuerza, pues aun cuando la primera de dichas tesis era la que mejor se encuadraba al caso, la subsidiaria en su sentir contaba también con respaldo en la evidencia de los hechos, pues cómo no iba a ser una grave e injusta provocación la de que estando una persona tan inerme, tan indefensa, como no era para menos estarlo, cuando alguien se encontraba cumpliendo una necesidad fisiológica, dos congéneres suyos se le dirigieran en esas condiciones para provocarlo y ultrajarlo, en la manera como lo hicieron Rosalino y José Antonio con el procesado José de Jesús Cáceres, lo cual no dejaba de constituir por lo menos una verdadera humillación, para expresarlo esto de

alguna forma, y como si ello fuera poco, después de regresarse a buscarlo, desafiarlo con un término tan hiriente a que les echara plomo o bala, tesis ésta que en tal forma sustentó hasta la saciedad con base en explicaciones que hizo acudiendo a la jurisprudencia y la doctrina..." (fl. 163 *ibidem*).

Y el defensor, identificándose plenamente con las propuestas de su colega de vocería, concluyó su intervención en los siguientes términos, que aparecen consignados en el acta respectiva:

"De esta manera la defensa, al igual que la vocería, y no sin antes agotar toda su capacidad en el análisis de la prueba para llevar al jurado popular a la convicción de la indivisibilidad de la confesión del acusado, propuso la tesis de los hechos cometidos por el procesado en legítima defensa de su vida o de su integridad personal, en la cual no ahorró esfuerzo alguno de su parte para sustentarla con base igualmente en citas de la jurisprudencia y la doctrina, y de manera subsidiaria, por las razones aducidas por la vocería, la de los homicidios cometidos en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación, las cuales propuso por escrito en esa manera al juzgador de conciencia, esto es, como tesis principal, le propuso emitir el veredicto 'Si en legítima defensa de su vida o de su integridad personal', para ambas cuestiones, o en subsidio para las mismas: 'Si, pero en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación'..." (fl. 167 del cuaderno principal). Subrayas fuera de texto.

A pesar de que las injurias u ofensas atribuidas por el sindicado a sus víctimas no fueron escuchadas por ninguno de los testigos que departían con los protagonistas de la tragedia, pues Juan de Jesús Cáceres, primo hermano de aquél, afirma haber oído decir a José Antonio Martínez "donde maten a Rosalino me matan a mí" y Juan Pedraza expresa que ya en la calle Rosalino "amenazó" al procesado a que "echara plomo", es lo cierto que tanto el Juez Superior en el auto de proceder, como el Fiscal del Juzgado en desarrollo del debate público, aceptaron sin reparos las versión del inculpado de haber sido objeto, por parte de las víctimas, de ofensas y de provocaciones a pelear, en momentos en que satisfacía en el solar de la casa-tienda una necesidad fisiológica, proceder éste que se señala como la causa inmediata y eficiente del doble homicidio. Sin embargo, en la providencia enjuiciatoria, consentida por la defensa, se les negó a dichas ofensas el carácter perturbador del ánimo del sindicado, que ahora se pretende atribuirles, habiéndose expresado por el *a quo* que las mismas le produjeron "una alteración del estado de ánimo al ser irritado en el altercado sufrido con los occisos, que lo motivó en esa conmoción sicológica del estado de ánimo en que se encontraba a obrar imponderadamente y salir a dirimir el reto planteado por sus ofensores, sin que por ello pueda aducirse que obró en un estado de intenso dolor, sino bajo el influjo de una provocación concertada por los protagonistas de la tragedia, que necesariamente aceptó y asumió al salir en busca de los occisos con el fin y el propósito de ultimarlos" (fl. 122 *ibidem*).

Sobre el mismo aspecto agrega el Juez Superior que el impulso homicida fue "condicionado indudablemente por el motivo inmediato sicológico de haberse irritado y exaltado con sus víctimas por el nexo entre la conducta asumida por aquéllos al desafiarlo con epítetos altizonantes, siendo este hecho reprochable pero ajeno a la gravedad que provoca la ira e intenso dolor como causas atenuantes o modificantes de la sanción..." (fl. 123 *ibidem*).

Habiendo contado, entonces, los jueces de conciencia, como fuente de información, con los antecedentes probatorios que recoge el auto de proceder, el cual no solo les fue oportunamente entregado, en copia, sino que se les leyó en la vista pública, y habiendo sido ampliamente ilustrados sobre las tesis extremas esgrimidas por el Ministerio Público y por la defensa, tiénese que colegir razonablemente que las desestimaron y optaron por acogerse a una solución intermedia al contestar los dos cuestionarios con un "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor", respuesta que, armonizada con lo sucedido en la audiencia, lleva a concluir que no quisieron reconocerle al procesado la diminuente específica de la pena que les propusieron el vocero y el defensor, sino la circunstancia genérica de atenuación punitiva sugerida por el Fiscal.

Si su propósito hubiese sido el contrario, habrían optado por acoger integralmente la respuesta que, por escrito, como se dice en el acta, les propuso la defensa, la cual incluía la gravedad e injusticia de la provocación como causa de la ira e intenso dolor.

No puede olvidarse que los jurados estuvieron enfrentados a dos respuestas antagónicas en este aspecto: "Sí, en estado de ira, sin grave e injusta provocación", la del Fiscal; y "Sí, pero en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación", la de la defensa.

Dicho de otra forma, el representante del Ministerio Público les pidió a los jueces de conciencia que no incluyeran como causa de la ira una provocación grave e injusta, en tanto que la defensa les solicitó que sí expresaran en su respuesta esa gravedad e injusticia de la provocación.

Entonces, al afirmar los jurados simplemente la existencia de la ira y del intenso dolor, entendieron que acogían el planteamiento del Fiscal, pues tanto vale predicar la ira sin calificativos, como hacerlo, agregándole "sin grave e injusta provocación", como lo proponía el representante de la sociedad.

No está por demás poner de presente que, leídas las respuestas del jurado, ni el mismo profesional del derecho que entonces llevaba la vocería del sindicado y que ahora lo representa en casación, ni el defensor, solicitaron aclaración.

El temperamento irascible y pendenciero del acusado no es hecho extraño dentro del proceso si se tiene en cuenta que la cantinera Bertilda Suárez Caballero afirmó haberlo visto con revólver al cinto, en situación bastante diciente por la forma como lo portaba (fl. 29 del cuaderno principal), y Miguel Prada declara haber sido víctima de una cuchillada por haberle reclamado la cortada de la cola a una vaca de su progenitor (fl. 51 ibídem*).*

Por tanto, atendiendo al tenor literal de la veredicción, a las peticiones de las partes al final de sus alegaciones en audiencia y a los elementos de convicción que arroja el informativo, forzoso es concluir que la voluntad del Tribunal Popular fue la de negar la diminuente reclamada ahincadamente por la defensa y rechazada enfáticamente por el Fiscal. En consecuencia, la interpretación que, en tal sentido, le dieron los falladores de instancia, es razonable y correcta.

El antecedente jurisprudencial citado por el recurrente tuvo origen en caso similar pero no idéntico al que se juzga en esta oportunidad. Si en aquella ocasión se interpretó que el veredicto, concebido en los mismos términos que el presente, reconocía

la atenuante específica de la pena, fue por cuanto esta modalidad jurídica se planteó como única tesis por el Agente del Ministerio Público desde el concepto previo a la calificación y fue sostenida por él en la audiencia pública y coadyuvada por la defensa. Se trataba, entonces, de una posición asumida conjuntamente por las partes. Además, porque esa proposición encontraba amplio respaldo probatorio en múltiples testimonios, situación que dista mucho de ser idéntica a ésta. Luego no es que se recoja aquella doctrina al no aceptar ahora la tesis de la defensa, sino que, en este caso, no se dan las bases y presupuestos que permitieron en aquella ocasión interpretar en esa forma la respuesta del jurado.

Establecido entonces, que la interpretación dada por los juzgadores de instancia a los veredictos emitidos en esta causa es la que consulta la voluntad del jurado de conciencia, la sentencia acusada no resulta en desacuerdo con ellos ni infringe, por falta de aplicación, el artículo 60 del Código Penal, por lo que el cargo formulado contra ella no está llamado a prosperar.

Se desestima la acusación.

En mérito de lo expuesto. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

JUZGAMIENTO

A pesar de la escala jerárquica, el funcionario de inferior categoría decide autónomamente en los eventos de su competencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Marcos Palacio Román, civil al servicio de las Fuerzas Armadas, procesado por los delitos de peculado y concusión, por hechos sucedidos cuando se desempeñaba como Secretario de la Auditoría Principal de Guerra de la Cuarta Brigada con sede en Medellín, ha solicitado cambio de radicación del proceso contra él adelantado.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares quien considera no existen motivos legales para acceder a la solicitud del cambio de radicación.

Se resuelve lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS

Marcos Palacio Román es procesado en la ciudad de Medellín por los delitos de concusión y peculado, por hechos al parecer cometidos cuando se desempeñaba como Secretario de la Auditoría Principal de Guerra de la Cuarta Brigada.

El solicitante dice es objeto de una injusta persecución por parte del Comandante de la Cuarta Brigada, quien no ha ocultado una manifiesta animadversión, que lo ha llevado a aplicarle excesivas medidas de seguridad como si se tratara del más peligroso criminal, desconociendo la orden del Juez 37 de Instrucción Criminal que concedió su libertad; igualmente la de otro juez, que luego de tramitar el recurso de Habeas Corpus también la decretó.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO PARA LAS FUERZAS MILITARES

El Colaborador Fiscal conceptuó adversamente al cambio de radicación argumentando que:

"...Los delitos que se le imputan al decir del solicitante ya referenciados, son delitos comunes, ya que manifestó que los cometió cuando se desempeñaba como Secretario de la Auditoría Principal de Guerra de la Cuarta Brigada...".

"...Estos delitos comunes según el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar numeral 2° cometidos por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, son de conocimiento de la Justicia Penal Militar. Es bien sabido que el Gobierno Nacional mediante Decreto número 1038 del 1° de mayo de 1984, declaró turbado el orden público en todo el territorio de la República, situación que aún subsiste y para la fecha de la perpetración de esos ilícitos según el solicitante, ya se encontraba turbado el orden público...".

"...Como el solicitante Marcos Palacio Román es un civil sin categoría de oficial, su Juez de Primera Instancia según el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar lo es el Comandante del Batallón de Servicios número 4 y esto lo corrobora en su pretensión. Lo anterior en razón a que los únicos civiles que juzgan los Comandantes de Brigada, son los civiles con categoría de oficiales (artículo 330 Código Justicia Penal Militar)...".

"...Luego al señor Marcos Palacio Román no lo va a juzgar por los anteriores reatos el Comandante de la Cuarta Brigada, sino el Comandante del Batallón de Servicios número 4 como Juez de Primera Instancia...".

"...Por el hecho de decir el solicitante que como el Batallón de Servicios número 4 está adscrito a la Cuarta Brigada, la función del fallador de la Primera Instancia estaría supervigilada por su superior o sea por el Comandante de la Cuarta Brigada, por cuanto este último al decir del peticionario, ha ejercido una impresionante animadversión hacia él por haberlo mantenido por espacio de sesenta (60) días bajo llave y dentro de las más estrictas medidas de seguridad tratándolo como al peor criminal. Estas no son situaciones que afecten la recta administración de justicia ni las garantías del sindicado; ya que la Jerarquía Militar dentro de la administración de justicia desaparece; la competencia en el juzgamiento está delimitada y quien va a fallar en Primera Instancia no es el Comandante de la Cuarta Brigada sino el Comandante del Batallón de Servicios número 4; finalmente para demostrar el interés que tenga el Comandante de la Cuarta Brigada dentro del proceso, debe demostrarse dentro del mismo y sobre bases sólidas, no con simples manifestaciones...".

"...En lo tocante a la asesoría jurídica de esos procesos, como lo afirma el solicitante, lo es el Auditor Auxiliar 89 de Guerra Asesor Jurídico del Comandante del Batallón de Servicios número 4 y no lo es el Auditor Principal de Guerra Asesor Jurídico del Comandante de la Cuarta Brigada, quien al decir del mismo fue su denunciante por peculado y si ello ocurriera por parte del Auditor Principal de

Guerra, cosa que según Marcos Palacio Román no ha ocurrido, estaríamos frente a las causales de impedimentos y recusaciones de que trata el artículo 401 del Código de Justicia Penal Militar numeral 12...".

"...Por consiguiente este Ministerio Público considera que no es viable acceder a la petición del sindicado...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Razón le asiste al Procurador Delegado para las Fuerzas Militares al conceptuar adversamente lo solicitado, argumentando que no será el funcionario quien le ha demostrado su animadversión, el competente para el juzgamiento en el proceso en que se encuentra vinculado el solicitante y por ello no existe razón alguna para el cambio de radicación pedido.

Es el Comandante del Batallón número 4, el competente para el juzgamiento, y la animadversión de un superior jerárquico, no modifica el criterio antes expresado.

En todas las organizaciones administrativas, jurisdiccionales y militares existe una escala jerárquica, que no por ello impide que los inferiores, dentro de la órbita de su competencia, decidan autónomamente sobre los asuntos, que les son propios, sin que el respectivo superior tenga que ver con lo decidido. Es cierto que la jerarquía y obediencia en la organización militar es mucho más evidente, pero ello no significa que la decisión autónoma del inferior sea imposible. Ello se evidencia, si se tiene en cuenta que el cumplimiento de la orden del superior no obliga cuando ella implica una acción manifiestamente injusta o violatoria de la ley. En las condiciones anteriores, así el Comandante de la Cuarta Brigada haya dado muestras de animadversión hacia el procesado, ello no es causa suficiente para acceder a lo solicitado, pues como ya se dijo no es a éste a quien compete el juzgamiento del peticionario, sino al Comandante del Batallón número 4, en tales condiciones se conceptuará adversamente al cambio de radicación solicitado.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– rinde concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

VIOLACION INDIRECTA

En la acusación de la sentencia de segunda instancia por violación indirecta, el recurrente está obligado a demostrar como extremos el error de hecho o el error de derecho y a señalar las normas sustanciales afectadas, por no haberlas aplicado el fallador o por haberlas aplicado indebidamente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Agotada la tramitación correspondiente procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Mario Castiblanco Castiblanco, contra la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de junio de 1983 la que, con modificación en cuanto aumentó la pena principal, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté el 5 de abril del mismo año, por medio del cual condenó al acusado a 16 meses de prisión y a las accesorias de rigor como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, del que fue víctima María Virginia Murcia. El Tribunal aumentó la pena de prisión en cuatro meses.

HECHOS

Luego de conquistarla afectivamente, aprovechando su condición de profesor de Educación Física en el Colegio Integrado Tisquesusa del Municipio de Susa, plantel en que cursaba el segundo año de educación media la víctima, a mediados de 1980, el encausado Jaime Castiblanco Castiblanco sometió al acceso carnal a la púber María Virginia Murcia Jola, quien para la época contaba 12 años y medio de edad.

Arredrada por las amenazas que en su contra profirió el victimario, la estudiante solamente puso en conocimiento los hechos, a su tía Ana Isabel Yaya de Becerra, a cuyo cuidado se hallaba, en octubre del año siguiente, como consecuencia de los

graves ultrajes que le infirió María Luisa Cortés de Castiblanco, cónyuge del sentenciado. Fue accedida carnalmente por una sola vez y la información penal fue dada por la pariente mencionada.

LA DEMANDA

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuatro cargos formula el actor:

Cargo primero

"En el fallo acusado se aplicó indebidamente el artículo 215 del Estatuto Procesal Penal al darse por demostrados el cuerpo del delito y la plena responsabilidad del inculpado, y por tanto se violó indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 303 del Código Penal".

"El Tribunal le dió total credibilidad a la versión de la menor perjudicada y por tanto un alcance al testimonio único que la ley no prevé. Por esa total aceptación del testimonio, en el fallo se tuvo por demostrada plenamente la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado".

Cargo segundo

"Con yerro manifiesto, por no tenerse la prueba suficiente para esa afirmación, se dio por comprobada en la supuesta ofendida, la menor María Virginia Murcia, la edad menor de catorce años". Por consiguiente, la duda que surge, según el actor, sobre la edad debió resolverse de acuerdo con lo previsto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

Y prosigue:

"Las actas del Estado Civil, en cuanto a las declaraciones que dejan allí las partes, solamente tienen el alcance probatorio que la ley le otorga al testimonio o a la confesión, de lo cual se desprendería, dice el casacionista, que no son plena prueba sobre la fecha del nacimiento. Por tal motivo, especialmente en esta clase de delitos se acude a la pericia médica, y en el caso concreto, ese experticio ubicó la edad de la víctima como aproximada a los catorce años. De donde cabe la duda sobre ese aspecto y al no aplicarse el principio *in dubio pro reo* se incurrió en la indebida aplicación de la norma penal que tipifica el delito de acceso carnal abusivo con persona menor de catorce años".

Cargo tercero

"Por error manifiesto, al dejar de tener en cuenta el informe pericial que señala para la supuesta ofendida una edad cercana a los catorce años, apreciada por los expertos con base en el desarrollo físico de María Virginia Murcia, se dejó de apreciar el precepto que consagra como causal de inculpabilidad el 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' ".

Cargo cuarto

Adolece el fallo de error manifiesto en la apreciación de las pruebas, especialmente del testimonio de la ofendida, al deducir la circunstancia de agravación punitiva del artículo 306-2 del Código Penal.

Según el censor, al aumentarse la pena por este motivo, se incurrió en aplicación indebida del precepto agravador, en razón de error manifiesto de hecho cometido en la apreciación del testimonio de la ofendida, quien afirmó haber sido accedida carnalmente mediante violencia física empleada por el victimario.

Respuesta del Ministerio Público

Para la Procuraduría General de la Nación, representada por el Procurador Primero Delegado en lo Penal "el escrito que a manera de demanda de casación se acaba de reseñar ignora la técnica propia de este recurso extraordinario y como se trata de un requisito legal (artículos 576 y 580, numeral 1° del Código de Procedimiento Penal), que no fue cumplido por el actor, debe rechazarse de plano por la honorable Corte Suprema de Justicia".

"El demandante en los tres primeros cargos no dice si se trata de error de derecho o de error de hecho en la apreciación de la prueba y muchísimo menos lo demuestra. Y en el cuarto cargo si bien se menciona el 'error manifiesto en la apreciación de las pruebas', en manera alguna comprueba que el Tribunal Superior de Bogotá al dictar la sentencia de segunda instancia se equivocó en la estimación de los medios de convicción que demostraban el ascendiente del acusado Castiblanco respecto de la menor María Virginia, como profesor que era de Educación Física en el Colegio de Susa".

Considera el Delegado que en segundo término, el libelista no se refirió a los otros medios de prueba de los cuales se desprende la legalidad del fallo y por tanto la acusación resulta incompleta.

Solicita desechar el recurso.

A su turno el apoderado de la parte civil contestó la demanda, formulándole el reproche de falta de técnica, pues el demandante no especificó si los ataques propuestos con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación son de derecho o de hecho y para el efecto, a su modo, da una definición de éstos, indicando los motivos para que pueda atacarse en esta sede una sentencia con cada uno de estos errores.

Pone de presente que el actor, ha confundido estos errores con la evaluación de la prueba, con el valor probatorio que el sentenciador ha dado a las pruebas, de donde ha de concluirse que la demanda apenas alcanza la categoría de un alegato más, propio de las instancias.

Pide no casar la sentencia.

Consideraciones de la Sala

Reza el cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal:

"Si la violación de la ley proviene de apreciación o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

Del cuidadoso análisis de este inciso de la causal en que se apoyan los cargos, con meridiana claridad emerge que *cuando se propone acusación por violación indirecta, está obligado el recurrente a demostrar estos extremos:*

1. Si la impugnación se formula con base en el error manifiesto de hecho, se debe poner de resalto un falso juicio de existencia, o un falso juicio de identidad en relación con la prueba. El primero se presenta cuando el juzgador desconoce el hecho que revela la prueba por ignorar la existencia procesal de ésta, o lo reconoce por creer que la prueba obra en el proceso; y, el segundo, se advierte cuando el fallador tergiversa o supone el contenido del hecho que evidencia la prueba, o lo encuentra coincidente con el de una norma sustancial sin serlo.

2. Si la impugnación se hace con fundamento en el error de derecho, se debe acreditar un falso juicio de legalidad o un falso juicio de convicción con relación a las normas reguladoras de la prueba. El primero, aflora cuando el sustanciador niega validez jurídica a una prueba legalmente producida y aducida, o le otorga mérito a la que no reúne los requisitos exigidos por el precepto que establece su rito; y, el segundo, se concreta cuando el juzgador le niega a la prueba el valor que le otorga la ley, o cuando le atribuye el que legalmente no le corresponde.

3. Probado uno cualquiera de estos errores, el demandante deberá señalar las normas sustanciales afectadas por no haberlas aplicado o por haberlas aplicado indebidamente el fallador. De estas dos formas de violación final, la que se cumpla en el caso concreto deberá ser demostrada plenamente, so pena de dejar la impugnación en la mitad del camino y, por consiguiente, fallida la demanda.

Se puede, como es obvio, atacar la prueba por error de hecho o de derecho siempre y cuando no se formulen los dos respecto del mismo medio de convicción. Tratándose de un error trascendente, cualquiera que sea su denominación, éste será el llamado a prosperar aunque de los falsos juicios que lo conforman se desprenda como necesaria consecuencia un nuevo error de hecho o de derecho, pues resulta apodíctico que la causa eficiente precede al efecto en el mundo de la naturaleza, de la lógica formal y del derecho. De aquí que el ataque en casación no puede descansar sobre un error consecuencial de otro que le da vida.

En el caso por resolver, lamentablemente el censor desconoció estas exigencias de la técnica, lo que impide que la Corte penetre al estudio del asunto, pues los principios rectores de este recurso no permiten que la Corte supla la inidoneidad del libelo, ampliándolo, modificándolo o corrigiéndolo con base en lucubraciones sobre lo que quiso decir el casacionista.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hugo Humberto Rodríguez Cortés, Conjuez; *Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

ABUSO DE AUTORIDAD

Es atípica la conducta del Juez que provee los cargos de los empleados subalternos cuando no estaba obligado a respetar la "estabilidad".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 67.

Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Por apelación revisa la Corte la providencia de marzo 28 del presente año en la cual el Tribunal de Medellín sobreseyó definitivamente a la doctora Martha Berrío Espinosa, quien por algunas de sus actuaciones como Juez Promiscuo Municipal de Ituango, fuera denunciada por el delito de abuso de autoridad.

La Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal, dentro del trámite propio de la instancia conceptuó solicitando la revocatoria de la calificación recurrida, para que en su reemplazo se llame a responder en juicio criminal a la funcionaria acusada, por el hecho punible descrito en el artículo 152 del Código Penal.

HECHOS

Los que generaron el proceso, se encuentran resumidos en la decisión impugnada, de la siguiente manera:

"La doctora Martha Berrío Espinosa fue nombrada Juez Promiscuo Municipal de Ituango, por Acuerdo número 1 de enero 18 de 1984. Tomó posesión en calidad de 'encargada' el 16 de febrero y 'en propiedad' el 30 de marzo de la misma anualidad. Cuando recibió el juzgado venía ocupando el cargo de Secretaria la Señora Araminta Correa de Calle. Todo indica que la nueva juez llevaba en mente nombrar para ese cargo al señor Noel Padilla, quien había sido su colaborador en otros despachos judiciales y por ello, transcurridos algunos días después de su llegada, sugirió a la señora Araminta sacara una licencia, a lo que ella se negó pues adujo que por estar en avanzado estado de gravidez tendría derecho a licencia remunerada por cincuenta y seis días cuando fuera a dar a luz. Y afirma la denunciante Correa de Calle que la juez

siguió insistiendo en que sacara la licencia y al fin resolvió degradarla al cargo de oficial escribiente, contra su voluntad y aunque en principio ella dijo que no aceptaría ese cargo, optó por tomar posesión como tal y a partir de ese día le fue otorgada la licencia –por maternidad–, no como secretaria sino como oficial escribiente, con la consiguiente merma en su sueldo. Después, estando en uso de tal licencia, presentó renuncia, demandó civilmente y formuló la denuncia por abuso de autoridad, por estimar, con toda razón, que debió respetarse su estabilidad como secretaria, cargo que desempeñaba en propiedad" (fl. 142).

No obstante que el *a quo* destaca la actuación de la funcionaria como irregular y lesiva de los intereses de la denunciante, apoya el sobreseimiento definitivo con que la favoreció, en el hecho de que la sindicada actuó dentro de la causal de inculpabilidad contenida en el ordinal 4° del artículo 40 del Código Penal, esto es, por haber obrado en la convicción errada e invencible de que en su conducta no concurrían las exigencias necesarias para la tipificación y por cuanto creyó obrar conforme a derecho al interpretar erróneamente el artículo 51 del Decreto número 1660 de 1978 (fl. 146).

RESULTANDOS

1. La calidad de juez de la acusada para la época de los hechos aparece documentalmente establecida en el expediente (fls. 18 vto. 19 y 131).

2. La verdad histórica de lo acontecido, se encuentra plasmada en forma clara dentro de la investigación, de la siguiente manera:

a) Por Acuerdo número 30 de julio 14 de 1982, fue designada por el Tribunal de Medellín como Juez Promiscuo Municipal de Ituango, en interinidad, Yolanda Mesa González y el 19 de julio tomó posesión del cargo (fl. 18 vto.),

b) Por Acuerdo número 24 de agosto 11 de 1983 y para el período constitucional que se iniciaba el 1° de septiembre siguiente, fue nombrada para el mismo juzgado la citada Yolanda Mesa, sin que se produjera la respectiva confirmación, pues la designada no la solicitó (fls. 94-131),

c) Por Resolución número 3° de septiembre 16 de 1983, la doctora Mesa dispuso:

"Ratifíquese en sus cargos a cada uno de los señores Araminta Correa de Calle..., para que continúen prestando sus servicios durante el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1983, a la misma fecha del año 1985" (fl. 29).

d) El 26 de enero de 1984, la doctora Martha de Jesús Berrío Espinosa fue "encargada" como Juez Promiscuo Municipal de Ituango y como tal se posesionó en febrero 16 del mismo año,

e) Por Acuerdo número 001 de enero 18 del año que se cita, fue igualmente designada en propiedad para el mencionado cargo la doctora Berrío Espinosa, quien en tales condiciones tomó posesión el 30 de marzo siguiente,

f) Por Decreto número 001 de marzo 31 de 1984 la sindicada produjo cambios en el personal subalterno de la oficina judicial bajo su responsabilidad de la siguiente manera:

"Artículo primero: Nómbrase interinamente al señor Noel Padilla Cardona, como secretario de este juzgado en reemplazo de Araminta Correa de Calle, quien pasa a otro cargo.

"Artículo segundo: Nómbrase como oficial grado 5° de este juzgado a Araminta Correa de Calle, en reemplazo de Francisco Luis Palacio Vargas, quien pasa a otro cargo (interino).

"Artículo tercero: Interinamente nómbrase a Francisco Luis Palacio Vargas, como citador de este juzgado en reemplazo de Albeiro Aníbal Chaverra Mazo, cuyo nombramiento se declara insubsistente".

En la parte motiva del aludido Decreto, apoyó la denunciada su determinación así:

"Que de acuerdo con el Decreto número 1660 de 1978 puede proveerse cada cargo subalterno, no existiendo impedimento para ello, pues ninguno de los colaboradores del Despacho ostenta estabilidad" (fl. 16).

g) Por Resolución número 006 de mayo 26 del mismo año, la funcionaria aceptó la renuncia de Araminta Correa de Calle, promovió al citador al cargo de escribiente, en interinidad, y designó a Chavarría Mazo como notificador, es decir, a la misma persona antes declarada insubsistente (fl. 17).

SE CONSIDERA

Para la Sala es evidente que la doctora Martha Berrío Espinosa en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Ituango, al hacer los movimientos de personal subalterno que le imputan como producto de abuso de su función, procedió con estricta sujeción a la ley y por ende, mal puede hablarse de irregularidad en dichas decisiones y mucho menos, de haber procedido amparada por una causal de inculpabilidad al interpretar equivocadamente aunque de buena fe el artículo 51 del Decreto número 1660 de 1978, por el cual se reglamenta lo relativo a la administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal.

De conformidad con el mencionado estatuto, se tiene:

Los empleados subalternos de los despachos judiciales, serán designados por "el respectivo juez" (art. 16).

El desempeño de un cargo en propiedad imposibilita, salvo lo dispuesto en la ley, la suspensión o destitución del empleado (art. 27).

Los empleados subalternos se nombran por el período del correspondiente fiscal, magistrado o juez, se posesionan dentro de los términos legales, están amparados por la estabilidad y únicamente pueden ser removidos por causas disciplinarias (art. 48).

Respecto a estos empleados pueden presentarse principalmente dos situaciones:

a) El Juez designado en propiedad para el respectivo período, una vez posesionado, se abstiene de hacer los nombramientos del personal subalterno, caso en el cual, los que vienen desempeñando las respectivas funciones, al transcurso de 90 días quedan

automáticamente amparados por la estabilidad en sus respectivos cargos hasta la finalización del período, salvo causas legales (art. 50),

b) El Juez designado en propiedad por el tiempo que falta para completarse el período, o, designado como interino o encargado debe respetar el derecho a la estabilidad de que vienen gozando los respectivos empleados subalternos.

Producida una vacante en forma definitiva, el nominador la puede proveer en propiedad o en interinidad y en el último evento, transcurridos 90 días desde la posesión el empleado adquiere derecho a la estabilidad hasta el fin del período (art. 51). Es obvio que la designación en propiedad sólo la puede hacer el nominador que se halle en esta condición, pues así lo señala el artículo 51 citado y se deduce de una interpretación sistemática del Decreto número 1660 de 1978, que mal podría autorizar a un interino o a un encargado para hacer nombramientos en propiedad.

Dedúcese de lo anterior que la funcionaria acusada no estaba obligada a respetar hasta la finalización del período (agosto 31 de 1985) la "estabilidad" alegada por su denunciante, por cuanto la nominación en propiedad que les sirve de fundamento a la denuncia había sido el acto de persona que no estaba facultada legalmente para hacerlo.

Si bien es cierto, la doctora Yolanda Mesa produjo una resolución en la cual ratificaba a los empleados del Juzgado Promiscuo Municipal de Ituango hasta la terminación del período, su texto mal podría producir efecto jurídico alguno cuando la juez carecía de competencia para proferir tal resolución, ya que le faltaba la capacidad nominadora que en su caso concreto jamás se generó, pues la designación que en propiedad le hizo el Tribunal de Medellín como titular del mencionado organismo judicial, nunca se cristalizó al no cumplirse una de las obligadas etapas para la adquisición de la calidad de juez, cual es la confirmación, y, en consecuencia la posesión. La doctora Mesa, quien como se vio, venía nombrada en interinidad desde el período anterior, debía por Ministerio de la ley (art. 281 del C. de R. P. y M. y art 12 del Decreto número 250 de 1970), permanecer en su puesto hasta que llegara la persona llamada a reemplazarla o sucederla. En igual situación estaban los empleados subalternos que venían laborando en el citado despacho, so pena de incurrir en abandono del empleo. Esta imposición que por razones obvias la ley hace a los servidores públicos, de ninguna manera puede servir para reclamarar la estabilidad laboral que la denunciante dice se le vulneró en su caso y mucho menos ante la situación muy particular en que se encontraba la doctora Mesa hasta el momento de ser sucedida por la acusada.

Muy diferente es la situación que se presenta con el Decreto número 001 de marzo 31 de 1984, en cuyo texto la sindicada efectuó el movimiento de personal que estimó pertinente, porque ella, en términos de la ley representaba al "respectivo juez" llamado a proveer sobre el nombramiento de empleados sin limitación, porque había asumido el cargo en propiedad y porque como acertadamente se estipuló en el literal c) de las consideraciones, ninguno de los trabajadores que venían colaborando en el despacho, tenía derecho a la estabilidad.

Resulta necesario destacar finalmente, que la doctora Martha Berrío Espinosa, con facultad para modificar en forma total la planta de personal de su juzgado, en momento alguno procedió con el deseo de perjudicar a los antiguos servidores y de ello da fe la prueba documental obrante en el expediente, específicamente los decretos transcritos en lo pertinente (001 de marzo 31/84 y Resolución 006 de mayo 26 del mismo año) a través de los cuales se advierte su incontrovertible deseo de llevar a la secretaría a una persona de su exclusiva confianza, lo cual no puede ser reprochable, manteniendo en lo posible a los demás colaboradores con excepción del citador a quien por obligadas razones declaró insubsistente en la determinación inicial, aunque, finalmente lo reincorporó al servicio.

Siendo claro, que los hechos cumplidos por la denunciada se realizaron dentro de la órbita de sus funciones y en manera alguna con exceso de las mismas, la Sala, confirmará la calificación apelada, pero por las precisas razones aquí consignadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, oído el Ministerio Público:

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada, con las aclaraciones hechas en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz.
Secretario

CASACION
Técnica

Es antitécnica y repugna con el principio de no contradicción el ataque a la sentencia al amparo de causales de casación que se excluyen, como la aceptación de la validez de la actuación al criticar la equivocada valoración de la prueba y luego la invalidez de la misma, por omisión de formalidades en la producción de los medios de convicción.

INEXISTENCIA

2. Los efectos de la inexistencia del acto procesal, por pretermitir las formalidades que exige la ley, son diferentes a los que provienen de la inobservancia de las formas propias del debido proceso, porque éstas están erigidas como nulidad en cuanto desconocen las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

3. El error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona.

El error de derecho toca directamente con la norma que regula la forma de su aducción al proceso o le fija su mérito legal de convicción.

EXTRADICION
REQUISITOS DE LA DOBLE INCRIMINACION

La imputación por realizar viajes al exterior con la finalidad de promocionar actividades ilícitas, no es delictuosa en nuestra legislación, de acuerdo al artículo 2° de la Ley 27 de 1980.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 67.

Bogotá, D. E., veinticinco (25) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por Nota Verbal número 242 del 3 de abril de 1985 la Embajada de los Estados Unidos solicitó la extradición del ciudadano colombiano Carlos Humberto Gómez Zapata, y adicionó la documentación presentada anteriormente con la solicitud verbal número 486 del 18 de julio de 1984. Contra el encausado se dictó auto de proceder en el proceso distinguido con el número 84-489-Cr-Roettger(s) por la Corte Distrital del Sur de la Florida el 25 de enero de 1985.

RESULTANDOS

Con fundamento en lo previsto por el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal el Ministerio de Justicia ha enviado a esta Corporación la documentación presentada por la Embajada de los Estados Unidos de América solicitando la extradición del ciudadano colombiano Carlos Humberto Gómez Zapata, quien se halla detenido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota" a órdenes de ese Ministerio.

La documentación aportada, legalmente traducida al idioma castellano contiene las transcripciones oficiales de los siguientes elementos de juicio:

a) Auto de Proceder del Distrito Meridional de la Florida del 25 de enero de 1985 distinguido con el número 84-489-Cr-Roettger(s) en el que se imputan a Carlos Humberto Gómez Zapata (y a otras personas) una serie de cargos por hechos delictivos cometidos en territorio norteamericano entre los meses de febrero de 1981 a junio de 1983, con indicación de concretos comportamientos por él realizados durante tal período y señalamiento de las disposiciones legales que los describen y sancionan.

b) Copia de las normas del Código Penal Norteamericano que consignan tales conductas y señalan las penas respectivas.

c) Testimonios de los agentes especiales Michael P. Ebert y Paul J. Sennett del Departamento de Justicia de los E.E.U.U. Agencia para el Control de la Droga (DEA) y del ciudadano Rogelio Betancourt en las que se precisan las conductas de Gómez Zapata y otras personas en la ejecución de las actividades a que se refiere el auto de proceder.

d) Declaración juramentada de Thomas A. Blair Fiscal Adjunto de los E.E.U.U. del Distrito Sur de la Florida, con precisión de los hechos atribuidos a Gómez Zapata y otras personas y corroboración de que los testimonios de los agentes Michael P. Ebert y Paul J. Sennett y de Rogelio Betancourt, son elementos de prueba

indicativas de que las personas acusadas "son culpables de los delitos por los cuales se solicita su extradición".

e) Orden de arresto proferida contra Gómez Zapata y otras personas, expedida por un Juez Federal con indicación de los cargos delictivos.

LAS ALEGACIONES DE LA DEFENSA

El apoderado del solicitado en extradición solicitó se diera concepto adverso en relación con la solicitud formulada por vía diplomática por el Gobierno de los E.E.U.U., considerando que su defendido no está debidamente identificado y no existe prueba suficiente sobre su posible responsabilidad en los cargos que se le imputan.

En relación con la primera argumentación dice que solo existe el reconocimiento que sobre una fotografía hizo el testigo Rogelio Betancourt y que ello no es suficiente para considerar identificada a una persona.

En relación con la segunda objeción dice que no existen pruebas judiciales que acrediten la responsabilidad de su cliente, puesto que las declaraciones de los agentes del FBI o de la DEA, son meras investigaciones policiales, que no tienen ningún valor probatorio, mientras no se haya celebrado la audiencia preliminar.

Finalmente, argumenta que las conductas que aparecen en los cargos V y VI, no tiene equivalencia legislativa en nuestro medio y que los hechos que fundamentaron el auto de proceder número 82-571-Cr- JAG(s) del que ya conoció la Corte "son exactamente los mismos del presente, pero dándoles a algunos de ellos distinta denominación, lo cual también constituye un acto de mala fe por parte de los Estados Unidos de América, y otros tienen denominación igual en ambos autos, es decir intentan o mejor han iniciado un doble proceso por las mismas suposiciones...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El auto de proceder que motiva la solicitud de extradición del que ahora se ocupa la Corporación es el proferido el 25 de enero de este año por la Corte Distrital del Sur de la Florida, que de acuerdo con la nota verbal, reemplaza e involucra el auto de proceder número 84-499-Cr-NCR y en relación al solicitado en extradición dice: "No agrega nuevos cargos contra el señor Gómez Zapata, no altera el rango de las sanciones que podrían imponerse contra él y no presenta nuevas evidencias en su contra".

"... En caso de que la extradición del señor Gómez Zapata a los Estados Unidos sea aprobada por el Gobierno de Colombia en base al auto de proceder número 84-499-Cr-NCR, el caso será conocido en las Cortes de los Estados Unidos como auto de proceder número 84-499-Cr-Roettger(s). La Embajada se permite reiterar a ese Ministerio que el auto de proceder sustitutivo número 84-499-Cr-Roteger(s) anteriormente mencionado, incorpora en su totalidad y sin ningún cambio los cargos contra Carlos Humberto Gómez Zapata que se encontraban contenidos en el auto de proceder número 84-499-Cr-NCR...".

De acuerdo con la declaración jurada del Fiscal Asistente Thomas A. Blair, el auto de proceder antes mencionado sustituyó el auto del 12 de abril de 1984, distinguido con el número 82-571-Cr-JAG (s) sobre el que la Corte ya se pronunció en providencia del 30 de octubre de 1984, de la que fue ponente el doctor Alfonso Reyes Echandía. Dada la importancia del hecho que se quiere destacar se transcribe textualmente los apartes de la declaración que interesan:

"... Carlos Humberto Gómez Zapata fue acusado originalmente mediante auto de proceder número 82-571-Cr-JAG el cual fue dictado el 15 de octubre de 1982. En ese momento no se conocía su verdadero nombre, y por lo tanto en el auto de proceder se incluyó como 'fulano de tal, también conocido como Humberto' (N. de la T.: John Doe es el equivalente en español a 'Fulano de Tal', ver documento en inglés)...".

"... Habiéndose adelantado una mayor investigación, se logró descubrir el verdadero nombre de Carlos Humberto Gómez Zapata y, por lo tanto, el 12 de abril de 1984, se dictó un auto de proceder sustitutivo acusándole a él con nombre propio. Ese auto de proceder sustitutivo incorporó el anterior auto de proceder, agregó varios delitos sobre narcóticos, y fue numerado como el caso 82-571-Cr-JAG(s), con la designación 's' significando que se trata de un auto de proceder sustitutivo...".

"... El auto de proceder dictado el 12 de abril de 1984 fue la base para la primera solicitud que Estados Unidos presentó para que se aprobara la extradición de Carlos Humberto Gómez Zapata...".

"... El 2 de agosto de 1984, el gran jurado volvió a dictar un auto de proceder contra Carlos Humberto Gómez Zapata, el cual fue numerado como caso 84-499-Cr-Roettger. Este auto de proceder de agosto 2 de 1984 incorporó a los dos autos de proceder anteriores y agregó delitos adicionales sobre drogas...".

"... Una orden de detención contra Carlos Humberto Gómez Zapata fue dictada por la Magistrada de los Estados Unidos Charlene H. Sorrentino el 2 de agosto de 1984. Esta orden de detención se encontraba adjunta a mi declaración juramentada del 5 de septiembre de 1984 como Anexo D. Una copia del auto de proceder dictado el 2 de agosto de 1984 se encontraba adjunta a esa misma declaración como Anexo C...".

"... Al mismo tiempo en que el 2 de agosto de 1984 se dictó el auto de proceder número 84-499-Cr-Roettger acusando a Carlos Humberto Gómez Zapata, se dictó otro auto de proceder acusando a otros miembros de la misma empresa criminal por delitos conexos. Ese auto de proceder fue numerado como caso número 84-500-Cr-Hastings ...".

"... Las personas acusadas en el caso número 84-500-Cr-Hastings sobre quienes se afirma haber estado asociadas delictivamente con Carlos Humberto Gómez Zapata son Luis Dennis Alvarez, Anselma María Eugenia León, Julio Alberto Costa, Michael James Moore, Aurelio Carroll Estrada, Jesús Borgellas, Nicolás Faustino Holguín y Ernesto Alonso...".

"... En el sistema judicial federal de los Estados Unidos, por razones de economía judicial, se prefiere que los co-asociados sean juzgados conjuntamente. Es

una práctica necesaria y adelantada en forma regular el que se corrija un auto de proceder y se le agregan nombres adicionales de co-asociados con el objeto de enjuiciarlos a todos a un mismo tiempo. El fiscal efectúa esta corrección, presentando la evidencia y un auto de proceder sustitutivo a la consideración de un gran jurado...".

"... En el presente caso, se le solicitó al gran jurado que el 2 de agosto de 1984 había dictado los autos de proceder número 84-499-Cr-Roettger y número 84-500-Cr-Hastings, que consolidará el cargo de asociación para distribuir metacualona, cargo que había sido incluido en ambos autos de proceder. El gran jurado efectivamente hizo esta consolidación mediante la expedición el 25 de enero de 1985 de un auto de proceder sustitutivo que fue denominado con el número 84-499-Cr-Roettger(s), el cual agregó al Cargo XXV los nombres de seis personas que habían sido acusadas previamente dentro del auto de proceder número 84-500-Cr-Hastings. La designación 's' en el nuevo auto de proceder, o sea 84-499-Cr-Roettger(s), significa que se trata de un auto de proceder sustitutivo...".

"... Una copia debidamente autenticada y suficientemente ilustrativa del auto de proceder sustitutivo dictado el 25 de enero de 1985, se adjunta a esta declaración juramentada como Anexo A...".

"...El auto de proceder sustitutivo dictado el 25 de enero de 1985 refleja únicamente un leve cambio técnico en la forma del auto de proceder. Específicamente, las siguientes personas están ahora incluidas dentro del Cargo XXV junto con Carlos Humberto Gómez Zapata y las otras tres personas que ya estaban incluidas en ese cargo, acusadas del delito de asociación para distribuir metacualona y para poseer metacualona con la intención de distribuirla: Luis Dennis Alvarez, Anselma María Eugenia León, Julio Alberto Costa, Jesús Borgellas, Nicolás Faustino Holguín y Ernesto Alonso. No hay nuevos cargos contra Carlos Humberto Gómez Zapata...".

"... El auto de proceder sustitutivo toma el lugar del anterior auto de proceder en lo que se refiere a los cargos existentes contra Carlos Humberto Gómez Zapata y sus co-acusados. No agrega nuevos cargos ni cambia su situación en cuanto a las sanciones que debe enfrentar por razón de este caso penal, y la evidencia que se utilizará contra él en el juicio continúa siendo la misma...".

"...Además, en todo momento, desde que se dictó el auto de proceder número 84-499-Cr-Roettger el 2 de agosto de 1984, se trata de los mismos cargos contra Carlos Humberto Gómez Zapata en el Distrito Sur de Florida, que han estado pendientes y continúan estando pendientes de ser juzgados. Puesto que se trata de los mismos cargos que continúan pendientes de ser juzgados, no ha sido necesario ni es necesario legalmente expedir una nueva orden de detención contra Carlos Humberto Gómez Zapata. La orden de detención expedida el 2 de agosto de 1984 continúa vigente..." (fls. 58. 59, 60 y 61).

Los cargos que se formulan al solicitado en extradición son los de haber participado en una empresa criminal continuada con unas cinco personas más, con el carácter de organizador o gerente de la misma y con las que obtuvo sustanciales ganancias al importar metacualona a los Estados Unidos (Cargo IV); fabricarla (Cargo

XXI) fuera de los Estados Unidos con la intención de llevarla a ese país; y de poseer y distribuir la mencionada sustancia en el territorio de Estados Unidos (Cargo XXV).

Además haber hecho viajes al exterior con la intención de facilitar la realización de la actividad ilícita (Cargos VI hasta el X); y haber utilizado intencionalmente medios de comunicación para facilitar la realización de tales conductas (Cargos XI hasta el XX), todo esto desde más o menos 1980 hasta 1983.

Los cargos que motivaron el concepto de extradición emitido por la Corte Suprema (octubre 30 de 1984) fueron los de haberse confabulado para fabricar, poseer y distribuir y efectivamente haber fabricado y distribuido metacualona entre 1981 y 1982. En aquella ocasión se conceptuó favorablemente para que se concediera la extradición por los cargos mencionados y negativamente por la realización de comercio interestatal con moneda norteamericana para cambiarla por moneda colombiana y por la utilización de medios de comunicación con finalidades ilícitas.

Debe observarse que en la declaración jurada del Fiscal de la Corte de Florida se dice que en el auto de proceder número 84-499-Cr-Roettger que incorporó los dos autos anteriores "agregó delitos adicionales sobre drogas...". Entre los autos aludidos estaba el que motivó el concepto anterior de la Corte y los nuevos cargos que son mencionados por el Fiscal hacen relación a la importación de metacualona a los Estados Unidos (Cargo IV) y la realización de viajes al exterior con la intención de facilitar la actividad ilícita (Cargos VI a X) que no son analizados en el concepto de 30 de octubre de 1984.

En relación con los Cargos sobre los que la Corte se pronunció se estará a lo decidido en el concepto mencionado, que será adicionado con el actual en relación con los cargos que no estaban incluidos en la anterior solicitud de extradición.

Es evidente que la importación de una sustancia prohibida, en este caso metacualona, es una actividad ilícita que se encuentra prevista en el Decreto número 1188 de 1974 y como fueron aportadas las pruebas indicadoras de la autoría del solicitado en extradición en relación con dichos cargos, la Corte emitirá concepto favorable para la extradición de Gómez Zapata.

Distinta es la situación de los cargos imputados en relación con la realización de viajes al exterior con la intención de promocionar la realización de actividades ilícitas, porque la conducta mencionada no es delictiva en nuestra legislación, pues a lo sumo haría parte de actos preparatorios o ejecutivos de una determinada conducta ilícita (importación por ejemplo), pero considerados de manera autónoma no constituyen ilicitud y al no presentarse la doble incriminación en las dos legislaciones, de acuerdo con lo exigido en el artículo 2°, numeral 3 de la Ley 27 de 1980, aprobatorio del Tratado celebrado por Colombia y Estados Unidos, se negará la extradición solicitada.

En las condiciones anteriores la Corte emitirá concepto favorable para la extradición del solicitado, señor Carlos Humberto Gómez Zapata, por el delito de asociarse para importar metacualona, previsto en el Cargo IV del auto de proceder. Se dará concepto negativo para la extradición, por la imputación de haber realizado viajes al exterior con la intención de facilitar la promoción, manejo, establecimiento y realización de actividades ilícitas, previstas en los Cargos VI a X del auto de proceder

y en relación con los demás cargos se estará a lo resuelto en el concepto del 30 de octubre de 1984.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– RINDE CONCEPTO FAVORABLE para que se conceda la extradición de Carlos Humberto Gómez Zapata por asociarse para importar metacualona previsto en el Cargo IV. Se rinde concepto negativo por el Cargo de haber realizado viajes al exterior con el propósito de facilitar la promoción, manejo, establecimiento y realización de actividades ilícitas, previstas en los Cargos VI a X. Y en relación con los demás estése a lo resuelto en el concepto de 30 de octubre de 1984.

Notifíquese y devuélvase la actuación.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldanza Rozo, Fabio Calderon Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

EXTRADICION

No es procedente cuando el comportamiento atribuido al acusado, conlleve en sí violación de un principio de orden constitucional.

La solicitud de extradición habrá de negarse, si al reclamado se le acusa de no revelar a la autoridad un delito conocido, cuando forzosamente puede así afectarse a sí mismo o a sus parientes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 70 de julio 30 de 1985.

Bogotá, D. E., treinta (30) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La Embajada de los Estados Unidos en nota verbal número 628 del 23 de agosto de 1984 solicita la extradición de Jaime Ramírez, a quien la Corte Distrital de ese país para el Distrito Norte de California dictó el auto de proceder número CR-82-0561-SC, por tres cargos, a saber: Asociación para importar cocaína, con violación del Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos; asociación para distribuir cocaína, con infracción del Título 21, Sección 846 del mismo Código; y encubrimiento de un delito, con violación del Título 18, Sección 4, del estatuto mencionado.

Se aclara que la Embajada de los Estados Unidos en nota verbal número 20 del 10 de enero de 1983 había solicitado al gobierno de Colombia la captura de Jaime Ramírez por los tres cargos a que se ha hecho alusión, según el auto de llamamiento a juicio número CR-82-0561-SC del 5 de noviembre de 1982 de la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California, que fue sustituido por el del mismo número del 11 de febrero de 1983, con base en el cual se solicita la extradición del nombrado ciudadano y que en cuanto a Ramírez no sufrió modificación.

Se procede a emitir el concepto en cuanto corresponde a la citada solicitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª El auto de proceder sustitutivo a que se ha hecho mención se refiere a once personas, Peter Gómez, José Roberto Gómez, Luis Enrique Otoya, Julián Otoya, Mario Otoya, Linda Gómez Otoya, Hernando Arana, Guillermo Bueno, Jaime Ramírez, Eduardo Garrido y Carlos Tulio Gómez, a quienes formulan 31 cargos.

Al reclamado en extradición Jaime Ramírez, se formulan estas acusaciones:

Primer cargo.

Alrededor de octubre de 1976 y al menos hasta noviembre de 1980, en los Condados de San Francisco, San Mateo, Contra Costa y Marín, en el Distrito Norte de California, en el Distrito Sur de Florida, en el Distrito Norte de Texas y en Colombia, Luis Enrique, Julián y Mario Otoya, Linda Gómez Otoya, Hernando Arana, Guillermo Bueno y Jaime Ramírez, intencionalmente y a sabiendas se asociaron entre sí y con otros para importar de Colombia a los Estados Unidos, una sustancia controlada bajo la Lista II, la cocaína.

En cuanto a los llamados "hechos manifiestos", el auto de acusación luego de relatar diversos acontecimientos a partir del 16 de octubre de 1976 y hasta agosto de 1980, dice textualmente:

"16. Aproximadamente el 4 de agosto de 1980, en Key Biscayne, Florida, Stephen Green entregó aproximadamente US$36.000 en efectivo a Luis Enrique Otoya Tobón y a Jaime Ramírez en pago de una cantidad de cocaína que había sido importada desde Colombia, Suramérica y distribuida a Green" (folio 287 de la traducción en español).

"Lo expuesto corresponde al Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos.

Segundo cargo.

A partir de octubre de 1976, y hasta noviembre de 1980, en los Condados de San Francisco, San Mateo, Contra Costa y Marín, del Distrito Norte de California, en el Distrito Sur de Florida, en el Distrito Norte de Texas y en Colombia, Peter Gómez, Luis Enrique, Julián y Mario Otoya Tobón, Linda Gómez Otoya, Guillermo Bueno, Jaime Ramírez, Eduardo Garrido y Carlos Tulio Gómez, intencionalmente y a sabiendas se asociaron entre sí y con otros para distribuir una sustancia controlada de una droga narcótica bajo la Lista II, la cocaína y para poseerla con la intención de distribuirla.

Respecto de los denominados "hechos manifiestos", en el auto de enjuiciamiento se relatan pormenorizadamente acontecimientos ocurridos en los años de 1977, 1978, 1979 y 1980, sin que en ellos se mencione a Jaime Ramírez.

Este cargo corresponde al Título 21, Sección 846 del Código de los Estados Unidos.

Cargo trigésimo primero.

Este se refiere a que Jaime Ramírez teniendo conocimiento de la perpetración efectiva de un delito mayor, contemplado en el Cargo Trigésimo del auto de proceder, intencionalmente y a sabiendas lo ocultó y dejó de ponerlo en conocimiento, en el más breve plazo, de un juez u otra autoridad de los Estados Unidos.

Se dice en este Cargo que se incorpora por referencia al Trigésimo que corresponde a los siguientes: Peter Gómez, José Roberto Gómez, Luis Enrique Otoya y Linda Gómez Otoya, alrededor del 26 de agosto de 1982 y hasta septiembre del mismo año, en el Estado Norte de California, en otros lugares de los Estados Unidos y en Colombia, intencionalmente y a sabiendas se asociaron entre sí y con terceros para violar el Título 18, Sección 1111 del Código de los Estados Unidos; esto es, para matar, con premeditación y malicia premeditada, a Stephen J. Green y Robert "Bobby " Sharpe, quienes fueron testigos contra José Roberto Gómez y otros y para infringir el Título 18, Sección 1114 del Código de los Estados Unidos, esto es, para matar a Robert P. Aguilar, Juez Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California; a William G. Farmer, Fiscal Asistente de los Estados Unidos; a Lowrey Leong, Agente Especial para la Administración Antinacórticos de los Estados Unidos, por razón del desempeño de sus funciones oficiales.

En cuanto a los "hechos manifiestos", se lee en el acta de acusación que en agosto de 1982, en la Institución Correcional Federal de Lompoc, California, José Roberto Gómez Soto pidió a Daniel Eduard Will, un preso compañero, que matara a Green, Leong y Farmer, y le entregó un papel con una dirección en Cali, Colombia, y dos mensajes manuscritos en idioma español. En el mismo mes Gómez Soto, pidió a León R. Colburn Jr., un preso compañero, que matara a Green, Sharp Lowrey, Leong, Farmer y Aguilar, arriba identificados, y le entregó un sobre que contenía varios papeles, entre ellos, unos pagarés escritos en español y firmados por José Roberto Gómez y una lista de nombres y números de teléfonos de personas con las que Colburn debía ponerse en contacto para los asesinatos. Entre ellos se mencionaba a "James" con el número de teléfono (305) 565-1876 (Ft.L.). Este, según el acta de acusación, era Jaime Ramírez, cuñado de Luis Enrique Otoya Tobón, y se agrega:

"Según José Roberto Gómez Soto, Luis Enrique Otoya Tobón, sería quien financiaría los asesinatos proyectados y Jaime Ramírez sería el correo quien llevaría el dinero para el pago de los asesinatos, a su hijo Peter Gómez" (folio 311 de la traducción en español).

El 27 de agosto de 1982, en San Francisco, California, Peter Gómez le entregó a Colburn una fotografía de Stephen Green y dos pagarés manuscritos. En cuanto al dinero, Peter dijo a Colburn que "... sería provisto por 'Jaime'. Finalmente, hay una referencia conforme a la cual el 8 de septiembre de 1982, Peter Gómez dijo a Colburn, que se habían 'presentado problemas en el Este' y que '...Jaime estaba afuera'".

Estos hechos están previstos, a más de las disposiciones citadas, en el Título 18, Sección 1117 del Código de los Estados Unidos.

El acto de acusación del sistema legal norteamericano equivale al auto de proceder de nuestro ordenamiento jurídico, según constante jurisprudencia de esta Sala.

2ª La identidad del señor Jaime Ramírez no se remite a duda.

En la nota verbal número 20 de 10 de enero de 1983, en la que se solicitó la detención de Jaime Ramírez, la Embajada de los Estados Unidos informó que es ciudadano Colombiano, nacido el 4 de mayo de 1944, de raza blanca, seis pies de estatura, 180 libras de peso, ojos y cabellos castaños, y que reside en Cali, Colombia, en compañía de los otros acusados en el edificio Laurita número 705.

En la nota verbal en que la Embajada de los Estados Unidos solicita la extradición del señor Jaime Ramírez, a más de repetir los datos anteriores, se suministra otra dirección en la ciudad de Cali en la que puede encontrarse el reclamado.

El ciudadano Jaime Ramírez Duque, con cédula de ciudadanía número 14.433.831 de Cali, otorgó poder el 5 de febrero de 1985 en escrito autenticado ante el Notario Unico de Yumbo (Valle) al abogado Gilberto Márquez Q. "... para que me represente en las diligencias a que se refiere el Capítulo III del Título IV del Libro IV del Código de Procedimiento Penal y del artículo 11, concordantes de la Ley 27 de 1980..." (fl. 13 del cuaderno de la Corte).

El 29 de mayo de 1985 la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia informó a la Secretaría de la Sala de Casación Penal, que Jaime Ramírez, solicitado en extradición, se encontraba detenido en la Penitenciaría Central de Colombia en Bogotá (fl. 101, *ibidem*).

El señor Jaime Ramírez Duque, cuya identidad ya ha sido establecida, otorgó nuevo poder a un profesional del derecho para que lo representara en la solicitud de extradición, y en esta calidad se reconoció al doctor Ernesto Maldonado Villamizar (fls. 104, 105, *ibidem*).

3ª La nota verbal número 628 del 23 de agosto de 1984 de la Embajada de los Estados Unidos se presentó en traducción no oficial, verificada después por la Jefe de la Sección de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, quien señaló tres correcciones.

El auto de proceder y la documentación presentada por la citada representación diplomática se tradujeron oficialmente al español por la señora Hana M. de Rhodes, intérprete oficial, reconocida según Resolución número 5908 de 1977 del Ministerio de Justicia de Colombia (fl. 402 de la documentación anexa).

En consecuencia, la solicitud de extradición del señor Jaime Ramírez y la documentación que se acompañó se ajustan, por el aspecto formal, a los requisitos del Tratado de Extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos porque están traducidos al español, legalizados por los Departamentos de Estado y Justicia de los Estados Unidos, y autenticada la documentación por la Cónsul de Colombia en Washington (artículo 9°, numerales 5 y 6).

4ª Las disposiciones del Código de los Estados Unidos, a que se refieren los tres cargos formulados al señor Jaime Ramírez, aparecen transcritas y traducidas al español en el Anexo "A", así: el Título 21, Sección 812, corresponde a la lista de sustancias controladas y en la número II se menciona la coca; la Sección 963 de ese Título se refiere a "conspirar para cometer cualquier delito definido en este subcapítulo" (la importación de una sustancia controlada está contemplada en la Sección 952); la Sección 846 del Título 21, contempla la asociación para cometer cualquier delito previsto en este subcapítulo (la distribución de una sustancia controlada aparece en la Sección 841); y, el Título 18, Sección 4, se refiere a tener conocimiento de la perpetración efectiva de un delito mayor, ocultarlo y no ponerlo en conocimiento, a la mayor brevedad posible, de un juez o de una autoridad civil o militar de los Estados Unidos.

Los ilícitos a que se refieren los Cargos Primero y Segundo contra Jaime Ramírez corresponden en la legislación penal colombiana al concierto para delinquir del artículo 186 y al tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. En consecuencia, en relación con estos dos motivos de acusación se cumple el requisito de la doble incriminación, exigido por el Tratado de Extradición entre Colombia y los Estados Unidos, adoptado por la Ley 27 de 1960.

El Cargo trigesimoprimero se refiere a que el señor Jaime Ramírez, teniendo conocimiento de que varias personas se habían asociado para dar muerte a funcionarios públicos de los Estados Unidos y a testigos que declararon en una causa penal no lo reveló a la autoridad de ese país. El delito está previsto en el Título 18, Sección 4, del Código de los Estados Unidos y está sancionado con prisión hasta 3 años, o multa hasta US$500 o las dos sanciones.

La defensa sostiene que esa conducta omisiva cometida por un ciudadano no está prevista como delito. Se trata de una obligación que impone el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal pero sin contemplar sanción alguna para el caso de incumplimiento. Además, el artículo 25 de la Constitución Nacional prohíbe obligar a alguien a declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. El acusado en el Cargo Trigésimo, Luis Enrique Otoya, es pariente en segundo grado de afinidad con el requerido en extradición, porque Ramírez está casado con Marta Otoya Tobón, hermana de aquél.

La Sala estima que el denominado "ocultamiento de un delito" de la legislación norteamericana corresponde al "favorecimiento" del artículo 176 del Código Penal Colombiano vigente.

Por tanto, el principio de la doble incriminación se puede dar en una acusación por ese ilícito.

5ª *La Sala estima que si bien se cumple la correlación legislativa entre el "ocultamiento de un delito" y el "favorecimiento" de nuestra legislación, habrá de negarse la extradición por el Cargo Trigésimo primero. En efecto:*

El artículo 25 de la Constitución prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

A este cargo se incorporó el Trigésimo que no se formula a Jaime Ramírez. De todas maneras el reclamado en extradición aparece mencionado en los "hechos manifiestos" para al final descartarse su participación, pues se afirma que Ramírez no contestaba al teléfono de su apartamento en Fort Lauderdale, en Miami. Así, se le marginó del Cargo Trigésimo pero se le formula el Trigésimo primero por ocultar un delito –la asociación para matar a varias personas y no revelarlo a la autoridad–. La Sala entiende que, en estas condiciones, al denunciar Ramírez lo que le constaba en relación con ese complot, en la práctica se estaba él mismo acusando de un delito, comportamiento violatorio del artículo 25 de la Constitución. Además, está probado que Luis Enrique Otoya es hermano de Marta Cecilia Otoya, esposa de Ramírez (fls. 33 y 34 del cuaderno de la Corte) y, por tanto, aquél y éste se encuentran en el segundo grado de afinidad, Ramírez no está obligado a denunciar a Otoya, si se atiende al precepto constitucional ya citado.

Podría afirmarse entonces que el reclamado Ramírez ha debido denunciar a los demás acusados, José Roberto, Peter y Linda Gómez. Se replica que los hechos a que alude el cargo trigésimo son inescindibles porque, precisamente, según los términos de la acusación, se trataba de una "asociación", para matar a unos funcionarios de los Estados Unidos y a dos testigos; además, la conducta que se esperaba de Ramírez –la denuncia– forzosamente afectaba a sus parientes por afinidad (Linda Gómez es su concuñada –tercer grado de afinidad) y a él mismo, con evidente quebranto del artículo 25 de la Constitución Colombiana.

En consecuencia, como ya se anunció, habrá de negarse una solicitud de extradición de la Embajada de los Estados Unidos en Colombia por el Cargo trigésimoprimero.

6ª El defensor de Jaime Ramírez en escrito presentado el 10 de abril pasado, folios 62 y siguientes del cuaderno de la Corte, sostiene que los delitos imputados a Ramírez en los dos primeros cargos están prescritos, porque el acta de acusación de fecha octubre de 1982 (sic) se refiere a hechos ocurridos en 1976, y la legislación de los Estados Unidos establece un término de 5 años para la extinción de la acción penal.

El planteamiento resulta equivocado. En el Anexo "F" de la documentación aportada por la Embajada de los Estados Unidos se transcribe el Título 18, Sección 3882, del Código de los Estados Unidos la cual dispone que, salvo disposición en contrario, ninguna persona será enjuiciada, juzgada o sancionada, por delito que no sea capital, "... a menos que se expida el auto de proceder o se instaure la acción correspondiente dentro de los cinco años siguientes a la perpetración del respectivo delito" (folio 336 de la traducción al español). El Fiscal Asistente de los Estados Unidos Eric J. Swenson, explica en su declaración cómo se deduce la prescripción (fl. 204, *ibidem*).

La Sala estima que los Cargos Primeros y Segundo deducidos a Jaime Ramírez se refieren a "asociación" para importar cocaína de Colombia a los Estados Unidos y "asociación" para distribuir cocaína y poseer esta sustancia para distribuirla, hechos ocurridos entre octubre de 1976 y agosto de 1980. Contra Jaime Ramírez y otras personas se dictó el 5 de noviembre de 1982 auto de enjuiciamiento sustituido el 11 de febrero de 1983, sin afectar este último al reclamado Ramírez. Se concluye,

entonces, que entre el último acto ilícito –que el auto de proceder indica cometido en agosto de 1980– y el pronunciamiento de este proveído, apenas transcurrieron un poco más de dos años. En consecuencia, no operó la prescripción de la acción penal.

7ª Los delitos que se atribuyen a Jaime Ramírez no son de naturaleza política ni militar y tampoco están sancionados con la pena de muerte.

8ª El Tratado de Extradición en el literal c) del numeral 3º del artículo 9º, exige que la solicitud de extradición se acompañe de "... las pruebas que, según las leyes del Estado requerido, constituyan motivo fundado para afirmar que la persona reclamada ha cometido el delito por el que se solicita la extradición".

En este asunto se agregaron las declaraciones de: Eric J. Swenson, Fiscal Asistente de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California; Lowrey Leong, Agente Especial de la Administración Antinarcóticos (DEA); Donald R. Hale, Agente Especial de la Oficina Federal de Investigación (FBI); Stephen J. Green, ciudadano norteamericano condenado a 20 años de prisión; y, León Colburn, ciudadano norteamericano, convicto de la cárcel de Lompoc, en Lompoc, California.

En relación con estos testimonios, la Sala estima:

a) Las declaraciones del Agente Hale y del convicto Colburn, rendidas el 17 de octubre de 1983, se refieren a los hechos contemplados en los Cargos Trigésimo y Trigésimo Primero, por los que se negará la extradición como se dejó explicado en el numeral 5 de este concepto. Así, el Agente Hale dice haber iniciado su intervención en agosto de 1982 cuando se tuvo conocimiento del plan para dar muerte a unos funcionarios públicos de los Estados Unidos y a dos testigos (fls. 372 y 397 y ss. del cuaderno de la traducción en español).

Por tanto, no es del caso examinar estos testimonios por referirse a un cargo irrelevante.

b) El Agente de la DEA Leong dijo en su declaración del 15 de mayo de 1985 que comenzó a intervenir en agosto de 1980 cuando Stephen J. Green fue capturado en San Francisco con diez kilos de cocaína. Como este testigo, condenado a veinte años de prisión por tráfico de estupefacientes, decidió colaborar con las autoridades, el Agente Leong dijo haberse entrevistado con Green en numerosas ocasiones. Este le relató pormenorizadamente todas sus actividades ilícitas entre julio de 1977 y agosto de 1980 (fls. 353 a 389 del cuaderno de la traducción al español).

En la declaración del Agente Leong aparece esta referencia:

"Aproximadamente el 4 de agosto de 1980 Green voló de San Francisco, California, a Miami, Florida, y entregó unos US$36.000 a L. Otoya Tobón y a Jaime Ramírez" (fl. 367 *ibidem*).

El Agente Leong en este folio menciona como "pruebas corroborativas (para ser presentadas en el juicio)...", estas: una hoja contable decomisada en la residencia de Green; US$94.580 en efectivo, también decomisados a éste en su habitación; y, la declaración juramentada de Green.

Al final de su exposición, el Agente Leong afirma que no ha recibido información que lo haga dudar de la veracidad, seriedad, y confiabilidad de la declaración de Green (fl. 368, *ibidem*).

El Fiscal Asistente Swenson dijo en su declaración que el auto de proceder fue el resultado de una investigación que duró más de dos años, iniciada en agosto de 1980 por la Oficina de la DEA en San Francisco, denominada "Operación Bobo", con asesoría del servicio de impuestos nacionales, con motivo de la detención de Stephen J. Green el 14 de agosto del año citado (fls. 206 y 207, *ibidem*).

El Fiscal Asistente se refiere a cada uno de los cargos del auto de proceder número CR-82-0561-SC. En cuanto a los Cargos Primero y Segundo que atañen a Jaime Ramírez, se expresa así en los "Hechos del caso": Que la averiguación comenzó al arrestarse a Green en el aeropuerto de San Francisco con 10 kilos de cocaína y recuerda que éste fue condenado en mayo de 1981 a 20 años de prisión (fl. 215, *ibidem*). En seguida se refiere a la declaración de Green que se acompaña a la solicitud de extradición y se remite a todas las operaciones de tráfico de cocaína de que dio cuenta el convicto Green, quien luego de su condena resolvió colaborar con las autoridades para obtener rebaja de la pena impuesta.

Se lee en su declaración:

"29. Según lo expuesto en el párrafo 45 de la declaración juramentada de Stephen Green, Jaime Ramírez, se asoció con Luis Enrique Otoya Tobón, con respecto a la importación de cocaína a los Estados Unidos cuando, en agosto de 1980, Ramírez y Luis Otoya Tobón recibieron de Stephen Green aproximadamente US$36.000 en pago de la cocaína previamente suministrada a Green".

El resto del testimonio del Fiscal Asistente se refiere al plan para asesinar a funcionarios de los Estados Unidos y a dos testigos.

c) A folios 334 y 337 del cuaderno de la traducción al español aparecen las declaraciones rendidas por Stephen J. Green, el 18 de mayo de 1984. La primera se refiere a la identidad de Jaime Ramírez a quien conoció en 1979 y agrega que es casado con Marta Otoya Tobón, hermana de Luis Enrique, quien tiene como esposa a Linda Gómez Otoya, hermana de Michelle, su cónyuge. Afirmó que en los años de 1979 y 1980 estuvo en unas cuatro ocasiones con Jaime Ramírez, abogado, vinculado a los "negocios" de Luis Enrique Otoya.

En su segunda declaración que corresponde al Anexo "G", Green hizo pormenorizado relato de sus actividades ilícitas entre el verano de 1976 y agosto de 1980, cuando fue capturado. Al folio 348, sin que en las páginas anteriores hubiese mencionado a Jaime Ramírez, afirmó:

"45. Más o menos el 4 de agosto de 1980, volé desde San Francisco, California, a Miami, Florida, y le entregué aproximadamente US$36.000 a L. Otoya Tobón y a Jaime Ramírez".

Las declaraciones del Fiscal Asistente Swenson y del Agente de la DEA Leong, tuvieron origen en el testimonio que Green rindió y que en cuanto a Jaime Ramírez, se refiere, se reduce al párrafo 45 transcrito.

La Sala estima conveniente recordar lo que se dijo sobre el alcance del literal c), numeral 3° del artículo 9° del Tratado, en el auto del 31 de julio de 1984, Aprobado Acta número 60, extradición de Nayib Ricardo Pabón:

"Adviértase, ante todo, que las pruebas a que se refiere este literal dicen relación a la autoría o complicidad en el hecho imputado y no a la responsabilidad del procesado (la norma apunta, en efecto, a la comisión del delito). Con tal exigencia se pretende satisfacer al Estado requerido en cuanto a que, conforme a su propia legislación, pueda concluir que la persona cuya extradición se reclama efectivamente realizó el hecho por el que el Estado requirente la vinculó procesalmente en providencia equivalente a nuestro auto de llamamiento a juicio; ahora bien, esas pruebas pueden estar incorporadas en dicha providencia o figurar en actas, diligencias o documentos separados; lo que importa es que las autoridades del Estado requerido tengan la oportunidad de examinarlas para determinar si a juicio permiten concluir que la persona reclamada aparece de ellas como autora o cómplice del delito por el que se pide su extradición. No autoriza, sin embargo, el Tratado al Estado requerido para realizar por su cuenta o para solicitar al Estado requirente pruebas orientadas a demostrar la inocencia o responsabilidad de la persona cuya extradición se pide, ni a complementar la investigación procesal ya iniciada, ni a impugnar pruebas en aquella recaudadas; menos aún, a realizar enjuiciamiento crítico sobre el valor probatorio que las autoridades competentes del Estado requirente dieron conforme a su propia normatividad jurídica a las diligencias y documentos que allegaron en su investigación para proferir el auto de proceder o su equivalente, pues tal función a ellas compete por modo exclusivo en cuanto son propias de su soberanía jurisdiccional".

En consecuencia, lo expuesto en el párrafo número 16 del Cargo Primero del Acta de acusación número CR-82-0561-SC y los testimonios aducidos del Fiscal Asistente Swenson, del Agente de la DEA Leong y del convicto Green son suficientes para dar por probada la exigencia a que se refiere el literal c), numeral 3° del artículo 9° del Tratado, solo en cuanto corresponde al Cargo Primero.

Respecto del Cargo Segundo, conforme al cual varias personas, entre ellas Jaime Ramírez, se asociaron para distribuir cocaína y poseer esta sustancia con la intención de distribuirla, no se cumple ese requisito del Tratado pues en los llamados "hechos manifiestos" de este Cargo no se menciona a Ramírez y tampoco ninguna operación en la cual él haya intervenido (se recuerda que la del Cargo Primero tuvo ocurrencia el 4 de agosto de 1980 en Miami). De otra parte, los testigos a que se hizo alusión en el Cargo Primero, no se refieren a Ramírez para atribuirle actos de "distribución" de cocaína o de "posesión" de esta sustancia para traficarla.

Por tanto, la solicitud de extradición por el Cargo Segundo habrá de rechazarse por no cumplirse los requisitos del artículo 9° numeral 3, literal c) del Tratado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– emite concepto favorable para la extradición de Jaime Ramírez Duque únicamente por el Cargo Primero que se le dedujo en el auto de acusación número CR-82-0561-SC del 5 de noviembre de 1982 de la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California, sustituido por el del mismo número del 11 del febrero de 1983, y negativo por los demás Cargos que se le formularon en dicha acta de acusación.

Cópiese y comuníquese al Ministerio de Justicia.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderon Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

EXTRADICION

Discusión sobre responsabilidad del acusado

No admite el incidente de extradición que se discuta la responsabilidad del solicitado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 70.

Bogotá, D. E., treinta de julio de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Se entra a decidir sobre la solicitud de extradición del señor Salomón José Gloria Escobar, contenida en nota verbal número 833 de 14 de noviembre de 1984, dirigida al Gobierno colombiano por el de los Estados Unidos de Norteamérica, por intermedio de su Embajada en Bogotá, esto es, a través de la vía diplomática.

El Ministerio de Relaciones Exteriores hizo llegar al de Justicia la petición y su documentación, mediante oficio número 06201 de 15 de noviembre de 1984, en el cual indicó que debía procederse de acuerdo con el Tratado de Extradición suscrito entre ambos países el 14 de septiembre de 1979 y que fue aprobado en Colombia por medio de la Ley 27 de 1980 –artículo 743 del Código de Procedimiento Penal– (Fl. 1 del cuaderno número 1).

El Ministerio de Justicia remitió, a su vez, a la Corte el expediente para que ésta profieriera el concepto que por ley le corresponde dar –artículos 735 y 746 *ibidem*– (Fl. 1 del cuaderno número 3).

De conformidad con la tramitación correspondiente a un incidente, que es la que viene dándosele a esta clase de solicitudes, se le corrió traslado de ella al señor Gloria Escobar y se dispuso que se le notificase en forma personal –artículo 755 del Código de Procedimiento Penal y 135 y 137 del Código de Procedimiento Civil– (Fl. 2 del cuaderno número 3).

De esa manera se procedió y el notificado designó su abogado para que lo representara en el incidente, el cual ha actuado con reconocida diligencia en ejercicio de ese mandato.

En contra del señor Salomón José Gloria Escobar y otras personas dictó inicialmente la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida el auto de acusación número 84-0499-CR-Roettger de 2 de agosto de 1984, en el cual le formuló el cargo de asociación para importar metacualona al territorio de los Estados Unidos, sustancia controlada en la Lista II que forma parte de la legislación penal de ese país (Fls. 87 a 102 del cuaderno número 1).

Posteriormente, y por haberse acreditado que otros individuos tomaron también parte en la ejecución de los mismos hechos, se profirió por la misma Corte, el día 25 de enero de 1985, el auto de acusación sustitutivo del anterior número 84-499-CR-Roettger(s).

Mediante él fueron vinculadas al cargo número XXV las siguientes personas: Luis Dennis Alvarez, Anselma María Eugenia León, Julio Alberto Costa, Jesús Borgellas, Nicolás Faustino Holguín y Ernesto Alonso, constituyendo esa circunstancia la única modificación sustancial respecto del anterior auto acusatorio (Fls. 61 a 77 del cuaderno número 2).

Como se explica tanto en la nota verbal número 245 de 3 de abril de 1985, como en la nueva declaración del Fiscal Asistente de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida, señor Thomas A. Blair, esto es de recibo legal en aquel país y obedece a razones de economía procesal, a efecto de que "todos los co-asociados en la comisión de un delito sean juzgados conjuntamente".

En esos documentos se pone de presente que el nuevo auto reemplaza al anterior y que no agrega cargo alguno contra el señor Gloria Escobar diferente del expresado en la providencia sustituida, no varía las sanciones que podrían llegar a serle impuestas ni presenta nuevas evidencias en su contra (Fls. 5 a 7 y 56 a 59 del cuaderno número 2).

Por tanto, se aludirá únicamente a este segundo pronunciamiento del Gran Jurado que juzga el caso de la persona ahora requerida en extradición.

En él le fue presentada de la siguiente manera la correspondiente acusación.

Cargo Cuarto.

"Desde el mes de agosto de 1980, o aproximadamente desde ese mes, siendo las fechas exactas desconocidas para el Gran Jurado, y continuando de ahí en adelante hasta inclusive el mes de junio de 1983, o aproximadamente hasta ese mes, en el Distrito Sur de Florida, y en otros lugares los acusados, Carlos Humberto Gómez Zapata, Luis Terry Wong-Alvarez, también conocido como Chino; Roberto Luis René Martínez, también conocido como Charlie, como Lloyd Letterman, como Andy Watts, como Robert Berk, como doctor Watts, como Arthur Miller; John Jairo Gómez Zapata; Karl Peter Besch; Alfonso Quintero-Morales; Alipio Quintero Morales; Salomón José Gloria Escobar; Aldo César Alvarez; Gilfredo Adames, también conocido como Charles Roena; Michael Alex Newell, también conocido como Vincent Collado; Daniel Taylor; William Joseph Serra, y Jack Louis Levinson, a sabiendas e intencionalmente se unieron, asociaron, mancomunaron y acordaron, y tuvieron un tácito entendimiento entre cada uno de ellos y con otras personas tanto conocidas como desconocidas para el Gran Jurado, para cometer ciertos delitos contra los Estados Unidos, esto es, para importar metacualona, una sustancia controlada incluida en la lista II, a los Estados Unidos desde un lugar fuera de este territorio, en violación del Título 21, Sección 952 (a) del Código de los Estados Unidos.

controlada incluida en la Lista II, a los Estados Unidos desde un lugar fuera de este territorio, en violación del Título 21, Sección 952 (a) del Código de los Estados Unidos. Unidos.

"Fue parte de la asociación el que los acusados, Roberto Luis René Martínez, también conocido como Charlie, como Lloyd Letterman, como Andy Watts, como Arthur Miller y Luis Terry Wong-Alvarez, también conocido como Chino, y otras personas tanto conocidas como desconocidas para el Gran Jurado, suministraran pilotos y aviones e hicieran otros arreglos necesarios para la importación de metacualona a los Estados Unidos desde Colombia y Las Bahamas.

"Fue también parte de la asociación el que los acusados Alfonso Quintero Morales, Alipio Quintero Morales y Salomón José Gloria Escobar, y otras personas tanto conocidas como desconocidas para el Gran Jurado, hicieran los arreglos necesarios para recibir los despachos de metacualona en las ciudades de Panamá y Colón, República de Panamá, para ser despachados a Colombia y de allí a los Estados Unidos.

"Fue también parte de la asociación el que los acusados Carlos Humberto Gómez Zapata, Luis Terry Wong-Alvarez, también conocido como Chino, y Roberto Luis René Martínez, también conocido como Charlie, como Lloyd Letterman, como Andy Watts, como Robert Berk, como doctor Watts, como Arthur Miller, y otras personas tanto conocidas como desconocidas para el Gran Jurado, hicieron los arreglos necesarios para que varios embarques de metacualona fueran despachados desde Europa hasta Toronto, Canadá, para ser despachados posteriormente a los Estados Unidos.

"Fue también parte de la asociación el que el acusado Karl Peter Besch, despachara e hiciera que se despachara metacualona desde Austria, Alemania Occidental y Holanda por vía aérea y marítima a Canadá, Panamá, Las Bahamas y los Estados Unidos, bajo la apariencia falsa de carbonato sódico, polvo, talco y otros productos químicos no nocivos.

"Fue también parte de la asociación el que la metacualona fuera importada tanto en bruto como en la forma de tabletas falsas de Cualude (Quaalude) para su distribución dentro de los Estados Unidos.

"Todo lo anterior, en violación del Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos" (Fls. 67 a 69 del cuaderno número 2. Subrayas fuera de texto).

El Fiscal aclara en su primer testimonio que Salomón José Gloria Escobar no estuvo involucrado en los despachos a Canadá (Fl. 84 del cuaderno número 1).

Rogelio Betancourt, después de narrar en su declaración bajo juramento los contactos que hizo con los hermanos Alfonso y Alipio Quintero Morales y Peter Besch para actuar como intermediario en las actividades que ellos iban a desarrollar tendientes a obtener en Alemania Occidental los que denominaron "productos 1, 2 y 3" y que luego resultó ser la materia prima para la elaboración de metacualona, dice refiriéndose a la participación del señor Gloria Escobar:

"A comienzos de abril de 1981 Alfonso Quintero me llamó por teléfono y me dijo que un buen amigo suyo, Salomón José Gloria Escobar, vendría a Miami y que

él también haría negocios con Besch. En lo que respecta a mi conocimiento, Salomón Gloria es residente de Barranquilla, Colombia.

"Unos pocos días más tarde Salomón Gloria vino a mi oficina y se presentó él mismo como un amigo de los Quintero. Salomón Gloria dijo que deseaba ordenar el producto número 1 de Besch y suministró una bolsa de papel que contenía entre US$40.000 y US$50.000 moneda corriente de los Estados Unidos. Gloria manifestó que sus pedidos deberían despacharse a algunas compañías localizadas en la Zona Franca de Colón en Panamá. Recuerdo que Salomón Gloria mencionó a las compañías Delsa y Abastecedora Siete Mares. La información que yo recibiría de Salomón gloria debería transmitirse a Besch, bien por teléfono o por télex. Más tarde yo hablé con Alfonso Quintero y éste me confirmó la información que yo había recibido de Salomón Gloria.

"El 13 de abril de 1981, se llevaron a cabo varias conversaciones telefónicas entre el suscrito en Miami, Alfonso Quintero en Colombia, Besch en Alemania Occidental y Salomón Gloria quien me llamó desde Panamá. Todas estas llamadas se debieron a que Alfonso Quintero y Salomón Gloria estaban tratando de localizar los despachos que Besch había dicho, se encontraban en ruta.

"El 14 de abril recibí un télex de Soldo, de Barranquilla, Colombia, enviado por la máquina télex número 33534. Esta máquina de télex está localizada en un negocio de Salomón Gloria. En dicho mensaje se informaba que 3.000 kilogramos de bicarbonato de sodio deberían marcarse: 'Mariner, Panamá, Zona Franca'. También se solicitaba que los documentos de embarque acompañaran el despacho. Lo firmaba Alex Martínez. Recientemente he sabido que éste es un nombre que Alipio Quintero utilizaba. Yo envié la respuesta a Soldo, vía télex, en las horas de la tarde, dirigida a Alipio Quintero, dándole el número de la guía aérea de British Airways suministrada por Besch.

"El 16 de abril de 1981 Besch llegó aquí a Miami y vino a verme. Le di el dinero que había recibido de Salomón Gloria.

"El 21 de abril, Besch me envió un télex diciendo que había llegado a Hamburgo, que las mercancías habían sido demoradas en Londres debido a una huelga, pero que ese mismo día habían salido de Londres, y que el número de la guía aérea era todavía el mismo. El también deseaba se le informara cuándo las mercancías llegarían a Barranquilla o Panamá. En esta misma fecha o hacia esa fecha recibí un télex de los Quintero, quienes estaban utilizando la máquina télex de Soldo. Ellos se referían al despacho Mariner y me daban el teléfono de British Airways en Panamá.

"Durante el resto de abril continué retransmitiendo información entre Besch, los Quintero y Salomón Gloria respecto del estado de los despachos".

Después de referir que Carlos Humberto Gómez Zapata y Luis Wong-Alvarez también lo visitaron en su oficina para establecer una variante en la forma como se venía operando, agrega Rogelio Betancourt:

"A pesar del nuevo plan que Gómez tenía, los Quintero y Salomón Gloria estaban todavía tratando de solucionar los problemas que se les presentaban con los despachos a Panamá. Alrededor del 5 de mayo, por órdenes de Alfonso Quintero yo

elaboré un télex para transmitírselo a Besch. Quintero quería que se contestaran las siguientes preguntas:

".....".

"Entre el 1° y el 14 de mayo, yo puedo identificar diez llamadas telefónicas y doce mensajes télex que salieron de mi oficina para Besch en Alemania Occidental, los Quintero y Salomón Gloria en Colombia, y Delsa (una de las compañías que recibía los despachos en Panamá), en relación con el 'Status' de los despachos y con detalles relacionados con los mismos".

Concluyó su testimonio Rogelio Betancourt con la siguiente manifestación:

"He visto la fotografía que se adjunta a esta declaración juramentada como anexo f), y he firmado esa fotografía en la parte de atrás. La persona que aparece en esa fotografía es el hombre al que yo conozco como Salomón Gloria Escobar, a quien yo hago referencia en esta declaración juramentada" (fls. 63, 64, 65 y 66 del cuaderno número 1).

Esa fotografía puede observarse al folio 56 del mismo cuaderno y corresponde a la del pasaporte AB-119126, expedido a nombre de Salomón José Gloria Escobar. De ese pasaporte acompañó su defensor copia debidamente autenticada, con el objeto de comprobar que el señor Gloria Escobar viajó a los Estados Unidos de Norteamérica, en busca de tratamiento médico, en el mes de agosto de 1984, cuando se encontraban vigentes el auto de acusación y la orden de captura en contra suya, sin que hubiese sido importunado ni detenido por las autoridades norteamericanas (fls. 69 a 74 del cuaderno número 3).

El agente especial Michael P. Ebert refiere lo siguiente en su declaración juramentada respecto de la actuación predicada de Salomón José Gloria Escobar en los hechos que motivan la solicitud de extradición de éste:

"Alfonso y Alipio Quintero Morales y Salomón José Gloria Escobar, residentes en Barranquilla, Colombia, utilizaron sus negocios e instalaciones para importar a Colombia toneladas de metacualona a nombre de la familia Gómez-Zapata de Barranquilla, Colombia. Los hermanos Quintero y Salomón Gloria tenían conocimiento de que la familia Gómez Zapata fabricaba en Colombia millones de tabletas ilícitas de metacualona, también conocidas como cualudes (Quaaludes) y clandestinamente las despachaban por barco y avión con destino a la empresa de distribución que tenían en los Estados Unidos. Cada tableta sería vendida entre US$50 y US$1 en el mercado mayorista de los Estados Unidos. La participación de los hermanos Quintero y de Salomón Gloria se describe más adelante".

Después de aludir a los contactos y operaciones iniciales llevados a cabo entre los hermanos Quintero, Roy Betancourt y Karl Peter Besch, refiere el agente especial Michael P. Ebert lo siguiente ya en relación con las actividades que se atribuyen al señor Gloria Escobar:

"A principios de abril de 1981, Alfonso Quintero le informó a Betancourt que Salomón Gloria, un amigo de los Quintero, iba a ir a Miami y que también iba a hacer negocios con Besch. Pocos días más tarde, Salomón Gloria llegó a Miami y se

reunió con Betancourt. Gloria le indicó a Betancourt que él quería hacer un pedido del producto número 1 y le entregó a Betancourt una bolsa de papel que contenía entre US$40.000 y US$50.000. Gloria también le informó a Betancourt que los pedidos deberían enviarse a compañías localizadas en la Zona Franca de Colón, Panamá. Gloria dio los nombres de Delsa (Despachadores Latinos) y Abastecedora Siete Mares, y posiblemente una tercera compañía, como los consignatarios.

"Durante abril y mayo de 1981, se hicieron numerosas llamadas telefónicas y se pusieron numerosos mensajes télex o se recibieron en la oficina de Betancourt para la oficina o desde la oficina de Besch en Alemania Occidental, para los Quintero y Salomón Gloria en Colombia y Panamá o desde las oficinas de ellos en Colombia y desde Panamá. El 14 de abril, Betancourt recibió un télex dirigido a Besch por 'Saldo' proveniente de la oficina de Salomón Gloria en Barranquilla, informando que 3.000 kilogramos de bicarbonato de sodio se deberían marcar 'Mariner, Panamá, Zona Franca'. El télex estaba firmado por 'Alex Martínez', un nombre que se conocía era utilizado por Alipio Quintero. Más tarde ese día, Betancourt envió un télex a Alipio Quintero dándole el número de guía aéreo de Britisch Airways para el despacho.

"Entre el 27 y el 30 de abril, se trasladaron 1.000 kilogramos de metacualona desde Alemania Occidental hasta Colón, Panamá, para Delsa, marcados a la atención de 'Saglo' (Salomón Gloría) vía Iberia. La información recibida de los funcionarios de la aduana de Alemania Occidental indica que el despacho contenía metacualona y había sido nuevamente marcado como 'Methyl Sodium Benzoate No. 5 Químicos no nocivos'. Esta metacualona había sido despachada por Medicon/Besch en Hamburgo, Alemania Occidental. Entre el 29 y el 30 de abril, 2.000 kilogramos de metacualona marcados como 'Sodium Benzoate No. 5', fueron despachados por Medicon/Besch a Mariner, Zona Franca, Panamá, por Iberia.

"El 30 de abril, Alfonso Quintero llamó a la aerolínea Iberia en relación con la entrega de ambos despachos a Mariner.

"Entre el 29 de abril y el 16 de mayo, 1.000 kilogramos de metacualona fueron despachados por Medicon/Besch a Delsa, Zona Franca, Colón, Panamá, marcados a la atención de 'Saglo' (Salomón Gloria) vía British Airways. Este despacho se envió por Miami, en donde fue transferido a Fawcett Peruvian Airlines. El despacho finalmente llegó a Panamá el 16 de mayo y fue decomisado por autoridades panameñas.

".....".

"Alfonso Quintero Morales fue detenido en el aeropuerto de Tocumen, Panamá, cuando intentaba salir en un vuelo para Colombia el 14 de mayo. Las autoridades panameñas decomisaron los despachos que ya habían llegado a la zona franca de Colón y se encontraban en un muelle en Colón donde estaban esperando salir de Panamá. Un télex de 11 de mayo de 1981 estaba en posesión de Alfonso Quintero y se refería a un despacho destinado a Mariner en la Zona Franca de Colón, amparado bajo la guía aérea de Iberia número 07537608303. Este télex había sido enviado a Mariner utilizando el télex de Soldo en Barranquilla.

"Alfonso Quintero fue interrogado por las autoridades panameñas después de su detención el 14 de mayo de 1981. Como respuesta al cuestionario, Quintero admitió

haber enviado de contrabando desde Panamá a Colombia 750 kilogramos de metacualona en abril de 1981. Dijo que esta metacualona había sido convertida a tabletas y llevada de contrabando a los Estados Unidos por avión. Quintero admitió haber hecho los arreglos para el tránsito de 9.500 kilogramos de metacualona por Panamá entre enero de 1980 y mayo de 1981. Además indicó que había ganado la suma de US$300.000 en esta aventura.

"En otro interrogatorio, Quintero manifestó que la metacualona decomisada en Panamá había venido de Alemania y que él había estado en Panamá para reempacarla. Quintero dijo que la metacualona se usaba para hacer 'drogas estimulantes o alucinógenas'. Dijo que él y Salomón Gloria eran los dueños del despacho que había llegado a la empresa Mariner y que la metacualona iba a ser enviada de contrabando por barco desde Panamá a Colombia. Quintero trató de pasar toda la responsabilidad a Salomón Gloria en cuanto a los contactos que se habían hecho y en cuanto a haberlo involucrado en el negocio de la metacualona.

".....".

"La única fotografía disponible de Salomón José Gloria Escobar para adjuntarla a esta solicitud de extradición es una fotocopia de la fotografía que aparecen en su pasaporte. La fotocopia de esta fotografía es de mala calidad, pero de todas formas se reconoce en ella a la persona de Salomón José Gloria Escobar. Dicha fotografía se adjunta a esta declaración juramentada como anexo f). Salomón José Gloria Escobar además se identifica como un hombre perteneciente a la raza blanca, con seis pies de estatura, de contextura delgada, pelo negro y ojos carmelitos. Nació el 29 de septiembre de 1934, en Barranquilla. Ha utilizado las siguientes direcciones en Barranquilla: Carrera 59 número 81-87, carrera 57 número 81-67; carrera 40 número 40-11. Se le expidió la cédula de ciudadanía número 827936 y el pasaporte colombiano número AB-119126" (fls. 67, 69, 70, 71, 72, 73 y 74 del cuaderno número 1).

El Fiscal Asistente de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida y encargado del presente caso, doctor Thomas A. Blair, se refirió en su declaración jurada a las versiones dadas por Rogelio Betancourt y Michael P. Ebert, por lo cual solamente pasan a destacarse los siguientes aspectos de su testimonio, pues los demás son, en lo sustancial, resúmenes de los de aquéllos.

Al referirse al origen de la investigación, expresa el funcionario:

"A la investigación realizada por la Agencia para el Control de Drogas y la Agencia Federal de Investigaciones (FBI) se le denominó 'Operación Hammerhead' (Operación Pez Martillo). El propósito de dicha operación era el de localizar y penetrar las actividades ilegales de tráfico de narcóticos en los Estados Unidos dirigidos por la organización Gómez Zapata de Barranquilla, Colombia. La investigación que se llevó a cabo mediante la 'Operación Hammerhead' identificó a varios miembros de la organización Gómez-Zapata y a muchos de sus asociados que estaban comprometidos en el tráfico de metacualona en los Estados Unidos, incluyendo a varios miembros de la familia Wong-Alvarez del Perú. A Carlos Humberto Gómez-Zapata se le identificó como el cabecilla de la organización Gómez-Zapata en los Estados Unidos para la realización de actividades ilegales de tráfico de

metacualona, y a Salomón Gloria Escobar se le identificó como uno de los principales intermediarios en el tráfico de metacualona dentro de la organización".

Después de aludir a la detención en Panamá de Alfonso Quintero Morales y a la incautación de determinada cantidad de metacualona en ese país, agrega el Fiscal:

"El y Salomón Gloria Escobar fueron identificados como las personas responsables por la metacualona que había sido decomisada en Panamá. Toda la metacualona decomisada en Panamá y en España estaba programada para ser reaforada a Colombia en donde sería convertida en tabletas que serían enviadas por medios clandestinos a los Estados Unidos".

Concluye su versión de la siguiente manera:

"He revisado las declaraciones juramentadas de Rogelio Betancourt y del agente especial Michael Ebert, y certifico que la evidencia indica que Salomón Gloria Escobar es culpable de los delitos por los cuales se solicita su extradición" (Fls. 78, 79, 83 y 84 del cuaderno número 1).

En la nota verbal número 655 de 5 de septiembre de 1984, por medio de la cual solicitó el Gobierno de los Estados Unidos de América la detención del señor Gloria Escobar, se dio de él la siguiente identificación: "Su descripción corresponde a la de un hombre de raza blanca, delgado, de aproximadamente cinco pies-diez pulgadas de estatura y con un peso aproximado de 160 libras. Tiene ojos carmelitos y pelo negro. Es portador del pasaporte colombiano número AB-119126 y de la cédula de ciudadanía colombiana número 827936. Se cree que reside en la carrera 57 o 59 número 81-67, Barranquilla, Colombia. Su dirección de negocios es Zona Franca, Barranquilla, Colombia y su número de télex es 'Saglo'" (fl. 111 del cuaderno número 1).

El defensor del señor Gloria Escobar solicitó, en la etapa probatoria del incidente, la práctica de numerosas pruebas, tendientes, fundamentalmente, a desvirtuar las afirmaciones hechas en los testimonios que respaldan la solicitud de extradición y que señalan a su representado como participante de los hechos por los cuales se le profirió auto de acusación.

Se propuso el defensor comprobar la buena conduta de don Salomón José Gloria, su dedicación, a lo largo de su existencia, a actividades lícitas, su modesta situación económico. Que no es socio en la compañía "Soldogas Ltda.", ni tiene relación alguna con ella; que el abonado télex comercial número 33534, de donde se decía que procedían los télex que eran enviados desde Barranquilla, pertenece a esa firma comercial "Soldogas Ltda."; que la sigla "Salgo" mencionada en los testimonios acompañados a la petición de extradición no se encuentra registrada en el kárdex de direcciones de la empresa nacional de telecomunicaciones, oficina de Barranquilla; que no figura el señor Gloria Escobar como usuario de la Zona Franca de esa ciudad en el sector industrial, ni en el comercial; que viajaba con frecuencia a los Estados Unidos de América pero siempre en función de negocios lícitos o por razones de salud de él o de sus familiares; que inclusive lo hizo en agosto de 1984 cuando ya había sido dictado en su contra el auto de acusación y librada la orden de detención; que no se conocía, por la época de los hechos, con los cosindicados Carlos Humberto Gómez Zapata, Alfonso y Alipio Quintero Morales, ni conoce a Rogelio Betancourt

ni ha tenido con él relaciones de negocios; y que no aparece vinculado judicialmente a la investigación que se le adelantó en Panamá a Alfonso Quintero Morales a raíz del decomiso de algunas cantidades de metacualona en ese país. Que de acuerdo con las constancias oficiales de sus pasaportes don Salomón Gloria viajó a Panamá el día 19 de abril de 1981 y de allí siguió a Miami el 22 para retornar el 27 a Panamá y regresar el 29 a Colombia. De donde se sigue que no pudo estar en Miami en los primeros quince días de ese mes, dentro de los cuales sitúa el testigo Betancourt su viaje a esa ciudad.

También solicitó el abogado la práctica de un examen científico al señor Gloria Escobar para establecer "el color de su piel; a qué raza pertenece; el color de sus ojos; estatura y demás características".

Como fundamento de esta última prueba expresó:

"Me propongo demostrar que el señor Salomón José Gloria Escobar, no es la persona reclamada; que en él no coinciden varios aspectos de la descripción que se hace en la nota verbal número 655, mencionada varias veces, en el sentido de que él 'corresponde a la de un hombre de raza blanca.. ojos carmelitos' como se describe en la mencionada nota verbal no resultaría ser entonces Salomón J. Gloria Escobar" (fl. 7 del cuaderno número 3).

De todas esas pruebas sólamente fue decretada la correspondiente a la identidad física del reclamado en extradición, y ella fue practicada por expertos del Instituto de Medicina Legal, quienes, en lo pertinente, señalaron en su dictamen, las siguientes como peculiaridades suyas:

"Raza: blanca, tez rubicunda.

"Pelo: castaño, con implantación pilosa con entradas frontales pronunciadas.

"Ojos: carmelitos.

"Nariz: aguileña.

"Talla: 1.79 mts.

"Peso: 58 y 1/2 kilos" (fl. 210 del cuaderno número 3).

En todos sus memoriales ha insistido el defensor del señor Gloria Escobar que él no es la misma persona a quien se reclama como realizadora de los hechos que investiga la justicia norteamericana. Que alguien lo suplantó o utilizó indebidamente información personal que acerca de él poseía.

Por ejemplo, a manera de resumen de los argumentos con los cuales se propuso demostrar aquel planteamiento, dijo en su primer memorial de pruebas:

"La extradición de mi procurado no puede prosperar por que no conoce a las personas que le formulan cargos o lo acusan; porque no ha entregado dinero al señor Rogelio Betancourt, a quien no conoce siquiera; porque del mismo modo no conoce a ese otro señor Michael P. Ebert; ni es culpable de que esa acusación se haya levantado con inclusión de su nombre; porque no corresponde exactamente a la descripción que de él se hace en la nota verbal número 655 de la Embajada de los

Estados Unidos de América, que lo presenta como hombre de raza blanca; porque se equivocan también en el color de sus ojos; en la dirección de su residencia, con más de quince años de vivir allí mi defendido, con su esposa y sus hijos; porque como podrá apreciarlo la honorable Corte, tampoco es verdad que Salomón J. Gloria Escobar hubiera estado en territorio americano en las fechas que indica Rogelio Betancourt; porque no puede haber la asociación de que habla la acusación contra mi procurado para el año de 1981, si con el señor Carlos Humberto Gómez Zapata se conoce Gloria con motivo de su detención, últimos meses de 1984, y con Alfonso Quintero por febrero o marzo del año de 1982, en una fiesta de carnaval, en la población de Puerto Colombia (Atlántico), en Prado Mar, de cuya circunstancia hay dos testigos; porque es falso que la dirección de negocios de Salomón Gloria sea la Zona Franca de Barranquilla; porque es igualmente falso que tenga como 'número de télex Saglo'; porque tampoco es verdad que la máquina télex número 33534, de Soldo, tenga nada que ver con negocio de Salomón Gloria en Barranquilla; porque todo es una infamia sencillamente, con pruebas a la mano, no prospera la extradición de Salomón Gloria, no prospera la solicitud que en ese sentido ha formulado Estados Unidos de América y que es materia de este incidente" (fl. 6 del cuaderno número 3).

Por todo ello predica, en un segundo escrito, la violación de las previsiones contenidas en el artículo 9° numeral 3° literales b) y c) del Tratado, por cuanto no existe la prueba fehaciente de que el señor Gloria Escobar es la misma persona a que se refiere el auto de acusación, ni la que permita sostener fundadamente que él ha cometido el delito por el que se le solicita en extradición.

Ello, porque todo se reduce, en definitiva, a un solo testimonio que es el de Rogelio Betancourt, persona interesada en encontrar culpables para asegurar un tratamiento de benignidad para él, y quien se encuentra desmentido con los elementos de convicción que él aportó para que fueran tenidos como pruebas en favor de su defendido (fls. 137 a 140 del cuaderno número 3).

Estas mismas ideas las vuelve a expresar en su alegato de fondo, profundizando aún más en su análisis y alcance.

En él, después de poner de presente que las versiones de Rogelio Betancourt, el Agente Especial Michael P. Ebert y el Fiscal Thomas A. Blair aparecen recibidas el 7 y el 21 de septiembre de 1984, siendo que el auto de la acusación y la orden de detención son de fecha anterior (2 de agosto de 1984), manifiesta que los dos últimos se limitan a repetir lo que dijo el primero y que éste no merece credibilidad.

Textualmente dice acerca del testimonio de Betancourt:

"La declaración de Rogelio Betancourt adolece de todos los defectos, tiene todos los inconvenientes como elemento de prueba para comprometer la responsabilidad de alguien, porque se trata del dicho de un co-acusado que tiene interés marcado en lograr ventajas por ese camino, en el país extranjero y, desde luego, es un testimonio sospechoso, que no puede rodearse de credibilidad.

".....

"Si se suprimiera esa versión de Rogelio Betancourt, nos resultaría Salomón José Gloria Escobar un fantasma en las páginas de los documentos en que se hace alusión

a su nombre. Ninguna otra persona ha dicho que lo ha visto, que le han hablado de él; que fue invitado a alguna reunión. En fin, que indirectamente siquiera hayan tratado con él algún negocio, etc.

"……

"La declaración del señor Rogelio Betancourt, co-acusado entre otras cosas, está plagada de contradicciones, inseguridad, inexactitudes, imágenes quiméricas y demás defectos que he tratado de destacar en la modesta forma en que lo puedo hacer, para llegar a la conclusión de que nada ha logrado probar en relación con mi defendido".

En cuanto a aspectos de naturaleza jurídica cuestiona el defensor la existencia del delito de asociación o concierto para delinquir, puesto que, de un lado, el señor Gloria Escobar no conocía, por la época en que se dice sucedieron los hechos, a los cosindicados Carlos Humberto Gómez Zapata, Alfonso y Alipio Quintero Morales, ni a Rogelio Betancourt. De otra parte no se advierten los otros presupuestos que caracterizan a la figura en la legislación colombiana, como la permanencia en el propósito delictual y la pluralidad de personas participantes.

Y en cuanto a la posibilidad de entrega de su defendido, cómo nacional colombiano que es, afirma que tampoco se da el presupuesto que establece el artículo 8°, numeral primero, literal a) del Tratado, o sea que se esté en presencia de actos que se hayan realizado en el territorio de ambos Estados, con la intención de que sea consumado en el requirente.

Impugna la manera como se realizó el reconocimiento de don Salomón José por parte del testigo Betancourt, o sea, sobre la fotografía del pasaporte expedido a nombre de éste dos años después de haber ocurrido los hechos.

Sobre la base de la inocencia del señor Gloria Escobar demanda para éste un concepto adverso a su entrega.

Respuesta a los planteamientos de la defensa

Los elementos de convicción que deben ser aportados con una solicitud de extradición, de acuerdo con el Tratado que rige la materia, y según el alcance que a sus disposiciones ha venido dando la Sala, son aquellos que permitan establecer la identidad física de la persona reclamada, sirvan para hacer el juicio de equivalencia entre ella y aquélla a que se refieren el auto de acusación y los documentos que le sirven de soporte, y brinden la razonable creencia de que ella pudo haber sido la autora del hecho por el cual se adelanta la investigación y se reclama su entrega.

No se discute, por tanto, dentro del marco de un incidente de extradición, sobre la responsabilidad del solicitado, ni se puede entrar a restarle su valor a la prueba que ha servido para dictar en el Estado requirente el pronunciamiento de acusación.

El debate que en ese campo pueda adelantarse y los elementos de infirmación que puedan aportarse encuentran su ámbito propio dentro del juicio que se adelante por parte de las autoridades de dicho Estado.

Por eso dijo la Sala, en el proveído por medio del cual no accedió a la reposición de aquel en que le fue negada al defensor la práctica de las pruebas que solicitó, menos de la referida a la identificación del señor Gloria Escobar:

"Las pruebas orientadas a probar, contra los hechos contenidos en la documentación de la solicitud de extradición, que no se es la persona requerida, por cuanto los testimonios que la señalan como autor del hecho son mendaces, o interesados o provienen de individuos subjudice *en el Estado requirente, o están desmentidos por circunstancias que acreditan la presencia del requerido en sitio diferente cuando sucedieron los hechos, apuntan a la que pudiera llamarse identidad jurídica, no física, la cual no es objeto de análisis por parte de las autoridades del Estado a quien se pide la extradición" (Fls. 165 de Cdno. No. 3).*

Es el caso que se estudia, todos los esfuerzos del defensor han estado dirigidos a desconocer el mérito probatorio de los elementos de convicción que apoyan el auto de acusación proferido por la Corte Distrital Americana, y, por lo mismo, a discutir la participación que en los hechos se le atribuye a su representado, para lo cual ha pretendido contraponerles pruebas recaudadas en el país requerido.

La identidad física de don Salomón José Gloria Escobar, como la misma persona a la que se refieren los documentos que respaldan la solicitud de extradición, está debidamente acreditada con el reconocimiento que de él hizo el testigo Betancourt sobre la fotografía de su pasaporte.

Además, el reconocimiento sobre identificación que le fue practicado por funcionarios del Instituto de Medicina Legal en Bogotá coincide, en lo sustancial, con los datos que sobre ese aspecto recoge la documentación del Estado solicitante, pues respecto del que ofrece mayor divergencia, que es el relativo al peso, hay que decir que los testigos no se refieren a él. Fue la nota verbal por medio de la cual se pidió su detención provisional la que lo incluyó, pero sabido es que ella no forma parte del auto de acusación, ni de los pruebas con fundamento en las cuales se profiere (Fl. 111 del Cdno. No. 1).

Los declarantes Rogelio Betancourt y Michel P. Ebert se refieren de manera concreta a la actividad que predican del señor Salomón José Gloria Escobar en las negociaciones con la metacualona, y el auto de acusación le formula también de manera precisa el cargo de asociación para la importación a territorio norteamericano de esa sustancia controlada.

El hecho de que esas versiones, al igual que la del fiscal, aparezcan recibidas en época posterior al proveído acusatorio, no quiere decir que no hubiesen existido al momento de ser dictado éste, ni que hubieran sido desconocidas por los miembros del Gran Jurado. Lo que ocurre es que, de acuerdo con el sistema norteamericano de juzgamiento, ellas pueden ser rendidas oralmente en la audiencia. La explicación lógica se encuentra en la posterior recepción escrita de las mismas para fundamentar ante el Gobierno Colombiano la solicitud de extradición.

En cuanto a la presunta ausencia de equivalencia normativa entre las figuras penales de la conspiración o asociación de la legislación americana y el concierto para delinquir de la colombiana, tema sugerido por el señor defensor en su alegato de fondo, conviene poner de presente que, por la manera como se le formula el cargo al

señor Gloria Escobar, tiénese que concluir que se le atribuye una asociación para cometer pluralidad de actos ilícitos con permanencia en el propósito delictual.

El auto dice: "Se unieron, asociaron, mancomunaron y acordaron, y tuvieron un tácito entendimiento entre ellos y con otros individuos... para cometer ciertos delitos contra los Estados Unidos, esto es, para importar metacualona" (Fl. 68 del Cdno. No. 2, subrayas fuera de texto).

Aparte de lo anterior, y como lo ha recordado la Sala en otras oportunidades, "el Tratado, previendo las obvias dificultades para establecer una absoluta identidad jurídica entre los tipos penales de conspiración del Código americano y la asociación para delinquir (hoy concierto) del ordenamiento colombiano, creó la necesaria relación entre ellos, para hacer viable el presupuesto de la doble incriminación cuando la solicitud de extradición se apoya en la comisión de esta clase de infracciones (artículo 2°, numeral 4°, literal a))".

Los otros planteamientos formulados por el señor defensor a manera de contraprueba de las versiones de los testigos de la acusación, pueden encontrar respuesta en las siguientes apreciaciones:

Es verdad que con fundamento en las constancias que recoge el pasaporte del señor Gloria Escobar puede afirmarse que éste no estuvo en la ciudad de Miami en las fechas en que lo ubican allí los declarantes Betancourt y Michael P. Ebert, pero tampoco es menos cierto que la única forma de salir del país no es la legal u oficial, desafortunadamente.

Igualmente tiénese que aceptar que causa sorpresa el que, pesando sobre el señor Salomón José Gloria Escobar un auto de acusación y existiendo en contra suya una orden de detención, hubiese podido entrar normalmente a territorio norteamericano y permanecido en él sin inconveniente alguno, pero ello no significa, por sí solo, que él no sea la misma persona a la que se refieren este auto y las pruebas que le sirven de fundamento, pues los datos de identificación que de él se dan en la documentación americana son los que figuran en su pasaporte.

De igual forma, el hecho de que no aparezca vinculado a la investigación que se le siguió en Panamá a Alfonso Quintero Morales por el decomiso de una remesa de metacualona, no implica, por esa sola circunstancia, que don Salomón José Gloria no hubiese participado en las actividades que las pruebas de la extradición refieren como realizadas en ese país.

Del relato que de los hechos hacen tanto Betancourt como Michael P. Ebert se desprende que, en cuanto a los atribuidos al señor Gloria Escobar, unos se realizaron en territorio americano y otros en el de Colombia.

Fuera de ello, el cargo es por asociación para cometer el delito de importación a territorio americano de la metacualona, pero este era el último acto de un proceso que comprendía la traída de la materia prima desde Alemania Occidental hasta Colombia, su elaboración aquí y el posterior envío al país de destino.

Todos los co-asociados estaban vinculados intencionalmente al plan completo, solo que a cada uno le correspondía desempeñar su respectivo papel o función.

Siendo don Salomón José Gloria la persona que presenta las pruebas que aportó su defensor: correcta, laboriosa y sin enemigos, el hecho de que le hayan atribuido el grave cargo que contienen las declaraciones del país requirente no encuentra otra explicación lógica diferente de su participación en los mismos. Ello, porque para que funcionara el plan no había necesidad de hacerlo figurar a él, cargándole gratuitamente semejante acusación, ni tampoco Rogelio Betancourt precisaba proceder de ese forma para obtener el tratamiento de favor que genera la cooperación con las autoridades americanas, pues en su testimonio ya había vinculado a muchas otras personas en la comisión del hecho.

Como la identidad física del reclamado está acreditada, y se da el requisito de la doble incriminación pues también las conductas objeto de la asociación constituyen delito en ambas legislaciones (sección 952 y 1308.12 Título 21 del Código de los Estados Unidos y Decreto número 1188 de 1974 de Colombia), y el auto de cargos proferido por autoridades del país requirente equivale al de proceder que se dicta en Colombia, como lo tiene establecido el reiterado pronunciamiento de la Sala sobre ese tema, y los delitos por los que se reclama al señor Gloria Escobar no son de carácter político, ni de naturaleza Militar, ni están afectados por el fenómeno de la prescripción, ni hay constancia de que hayan sido objeto de juzgamiento y condena en Colombia, ni están sancionados con pena de muerte en el Estado solicitante, y son de los que figuran en la lista del Tratado que dan base a una extradición, y la pena imponible supera el año de prisión, y se cuenta con los textos donde constan la descripción de la conducta y su sanción, y los documentos recibieron traducción oficial en Colombia, presupuestos todos éstos para que, de acuerdo con el Tratado que rige la materia, pueda atenderse una petición de extradición, el pronunciamiento será favorable en relación con la petición que a ese respecto formuló el Estado requirente.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conceptúa favorablemente respecto de la extradición del ciudadano colombiano Salomón José Gloria Escobar.

Cópiese y remítase junto con la actuación al Ministerio de Justicia.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

PECULADO CULPOSO

Es independiente el comportamiento de quien se apropia del objeto material de la conducta y de quien por algunos de los mecanismos generadores de la culpa, dé lugar a que se extravíe, pierda o dañe.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 070.

Bogotá, D.E., julio treinta (30) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Vistos

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira consulta su providencia de marzo 29 del presente año, mediante la cual por segunda vez sobreseyó temporalmente al doctor Hernando Velásquez Garcés, Juez 2° Promiscuo Municipal del Quinchía.

Hechos

Al funcionario acusado se le atribuye no haber ordenado oportunamente la consignación de un dinero en efectivo recibido en el Juzgado a su cargo y haber propiciado así que un tercero se apropiara de parte de esa suma.

Resultandos

1° Del acervo probatorio incorporado al proceso, despréndese que los hechos en cuestión tuvieron el siguiente desarrollo cronológico:

a) El 30 de abril de 1981, cuando el doctor Velásquez Garcés actuaba como titular del mencionado juzgado, se recibió en éste la cantidad de ochenta mil pesos, en efectivo, como parte del valor de un bien rematado dentro de un proceso civil que allí cursaba y desde entonces esa suma quedó guardada, bajo llave, en el escritorio de Francisco Javier Duque Vásquez, secretario del juzgado;

b) El 10 de junio de ese mismo año, cuando el juez incriminado se encontraba de vacaciones, del dinero aludido se entregaron cinco mil pesos a uno de los apoderados que intervenía en el proceso civil, por concepto de agencias en derecho, y los restantes setenta y cinco mil pesos continuaron en el escritorio de Duque Vásquez;

c) Solo el 27 de agosto de 1981 el doctor Vásquez Garcés ordenó la consignación de esta última suma y así se hizo, según el título judicial expedido el 3 de septiembre por la Caja Agraria de Quinchía; y

d) Mediante auto de junio 30 de 1984, el Juzgado 3° Superior de Pereira llamó a responder en juicio al secretario Duque Vásquez por peculado por apropiación, pues se le atribuye haber gastado parte de ese dinero mientras estuvo en su poder, aunque lo repuso días después y en todo caso antes de la fecha de la referida consignación.

2° En su injurada el doctor Velásquez Garcés sostuvo que entre el 30 de abril y el 27 de agosto sabía que los setenta y cinco mil pesos se encontraban en el escritorio del secretario; que confiaba en éste y nunca contó el dinero; que durante aquel lapso olvidó ordenar la consignación de esa suma y que solo recordó que debía hacerlo cuando la parte demandante pidió que se la entregaran.

3° Al calificar por primera vez el mérito de esta investigación, el Tribunal Superior de Pereira sobreseyó temporalmente al funcionario acusado, por cuanto esa Corporación entendió que el comportamiento atribuido constituiría un peculado culposo y adujo entonces que no estaban satisfechos los requisitos para llamar a juicio, ya que todavía no se había aclarado judicial y definitivamente la conducta del secretario Duque Vásquez. En el término de reapertura de la investigación, solo se allegó al proceso copia auténtica del auto de proceder dictado contra este último. Y en la segunda calificación, hecha mediante la providencia que se consulta, el Tribunal Superior de Pereira sostuvo que como el llamamiento a juicio no es una decisión definitiva, la situación no habría experimentado ninguna modificación sustancial y reiteró por tanto el sobreseimiento temporal.

4° El Procurador 2° Delegado en lo Penal ha expresado que para la tipificación del peculado culposo no es necesario que se demuestre la intervención dolosa de un tercero y, en consecuencia, pidió que se dicte auto de proceder contra el doctor Velásquez Garcés ya que éste por negligencia habría dado lugar al extravío de parte del dinero. El colaborador fiscal, además, solicitó que se compulsen copias para investigar disciplinariamente al abogado Pedro López, a quien se hace alguna indirecta referencia en el proceso.

5° La condición de empleado oficial del doctor Velásquez Garcés para la época de los hechos, está demostrada documentalmente.

Considerandos

1° Adecuación típica. *El tipo penal del peculado culposo (art. 137 C.P.) describe la conducta del empleado oficial que, por culpa, da lugar a que se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se haya confiado al empleado oficial por razón de sus funciones.*

Conforme a esa norma, pues, para atribuir la comisión de peculado culposo a una persona, no es requisito indispensable que otra haya sido condenada por la apropiación del objeto material de la conducta, ya que nuestra legislación penal acertadamente ha separado los comportamientos de uno y otro sujetos. De allí que resulte jurídicamente inadmisible el argumento con que el Tribunal Superior de Pereira ha sobreseído temporalmente dos veces al funcionario acusado.

En el evento subjudice, *antes bien, con la entidad probatoria exigida por el art. 481 C. de P.P., tiénese acreditado que el doctor Velásquez Garcés, en razón de sus funciones como empleado oficial, recibió en custodia un bien de un particular y que por negligencia (uno de los mecanismos generadores de la culpa) habría dado lugar a que parte de ese bien se perdiera transitoriamente. De modo que el comportamiento atribuido al procesado se adecua a la descripción legal del peculado culposo.*

2° *Antijuridicidad.* Con esa conducta el doctor Velásquez Garcés no sólo habría vulnerado genéricamente un bien jurídico penalmente tutelado –la administración pública–, sino que además habría afectado, en particular, el interés estatal en que los bienes de los particulares entregados a su custodia sean conservados adecuadamente.

3° *Culpabilidad.* El juez incriminado ha sostenido que confió en su secretario y por ello nunca contó el dinero. Pero diversos elementos de juicio obrantes en el proceso, indican que esa confianza fue negligente; en efecto, tiénese en autos que varias personas hablaron con el doctor Velásquez Garcés acerca del dinero y de las gestiones que el secretario Duque Vásquez hacía para reponer la suma de la que se habría apropiado e, igualmente, aparece que el juez aludido gozó de un período de vacaciones y por consiguiente tenía que haber hecho una relación de los bienes que entregaba a quien transitoriamente lo reemplazó.

Pese a todo ello, el doctor Velásquez Garcés confió en el secretario, es decir, faltó al deber de cuidado que como titular de un despacho judicial le era exigible en esas circunstancias y por ende, la conducta le es atribuible a título de culpa.

4° Están satisfechos, pues, los requisitos del art. 481 del C. de P.P. y, consecuentemente, la Sala proferirá auto de proceder contra el doctor Velásquez Garcés por el delito ya indicado, pues se reprime con arresto de seis meses a dos años, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa de mil a veinte mil pesos.

5° Igualmente concurren los presupuestos de los arts. 8° y 9° del Decreto número 1853 de 1985 y, por tanto, procede ordenar medida de aseguramiento de conminación respecto del doctor Velásquez Garcés quien entonces deberá comprometerse, so pena de incurrir en arresto inconmutable hasta de treinta días, a cumplir las obligaciones establecidas en el art. 460 del C. de P.P., entre ellas la de presentarse cada ocho días ante la autoridad jurisdiccional de mayor jerarquía del lugar de su residencia.

6° Encuentra la Sala, de otra parte, que la demora del doctor Velásquez Garcés en ordenar la consignación del dinero recibido en el juzgado a su cargo, podría constituir la falta disciplinaria de que trata el art. 162 ord. 1° del Decreto número 1660 de 1972. Por ello y para los fines a que haya lugar, se ordenará compulsar copias de las piezas procesales pertinentes con destino al Procurador Regional de Pereira.

7° Finalmente, obsérvase que la conducta atribuida al abogado Pedro López habría consistido en que éste, por hechos ajenos a los aquí mencionados, denunció a otros funcionarios de Quinchía y la Procuraduría adelantó esas investigaciones antes que la relacionada con la conducta de Duque Vásquez; nada permite suponer entonces que dicho profesional haya incurrido en infracción disciplinaria y por tanto no se compulsarán las copias pedidas por el colaborador fiscal.

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

RESUELVE

1° Revocar la providencia consultada y en su lugar LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO, de tramitación ordinaria, al doctor Hernando Velásquez Garcés, Juez 2° Promiscuo Municipal de Quinchía y cuyas condiciones personales se encuentran consignadas en autos, por la probable comisión de un delito de peculado culposo.

Dicha conducta se encuentra descrita en el Código Penal, Parte Especial, Título III, Capítulo primero.

Al notificar esta providencia, hágase saber al procesado el derecho que le asiste de nombrar defensor.

2° DECRETAR medida de aseguramiento de conminación al doctor Velásquez Garcés, en la forma señalada en el considerando 5° de esta providencia.

3° ORDENAR que se compulsen las copias indicadas en el considerando 6° con destino a la autoridad allí mismo mencionada.

4° COMISIONAR a la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira para la expedición de las copias aludidas, la notificación de esta providencia y la suscripción de la diligencia de conminación.

5° ABSTENERSE de compulsar las copias pedidas por el Procurador 2° Delegado en lo Penal.

Notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

1. ABUSO DE FUNCION PUBLICA

Es típica la conducta del juez que, en ejercicio de su cargo, realiza funciones públicas diversas de las que le están atribuidas.

2. DOLO

Cuando no existe la intención dolosa de actuar antijurídicamente, el delito imputado es inexistente por ausencia de culpabilidad.

3. FUERZA PUBLICA
Empleo ilegal

El empleo de la fuerza pública por el juez sólo constituye delito cuando se utiliza en acto arbitrario e injusto y no cuando su presencia es indiferente en relación con la actuación realizada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobado Acta No. 71.

Bogotá, treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por auto del 23 de octubre de 1984 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín residenció en juicio criminal al doctor Alirio Sanguino Madarriaga, juez de Instrucción Criminal de Caucasia por los delitos de empleo ilegal de la fuerza pública y abuso de funciones públicas.

El procesado interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

En la segunda instancia, el Procurador Delegado en lo Penal solicitó a la Sala reformar el auto apelado, enjuiciando por el delito de abuso de autoridad y revocando la detención preventiva ordenada.

La Sala resuelve lo pertinente luego de los siguientes:

RESULTANDOS

La Corte los sintetizó en pasada ocasión de la siguiente manera:

"...De años atrás existía controversia entre los propietarios de los predios rurales denominados "Cucharal" y "El Palmar", situados en jurisdicción del municipio de Caucasia, por razón de los límites entre uno y otro inmueble, que fue final, aun cuando provisionalmente desatada por el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal, dentro de una diligencia de inspección judicial, practicada en asocio de peritos, como culminación de la cual hizo el deslinde y amojonamiento de las fincas correspondientes, manteniendo el *statu quo* y previniendo a las partes litigantes que no estaban autorizadas para "establecer obra alguna, ni de ponerle mano a la zona litigiosa, salvo de la situación (...) que se vivía antes del proceso...".

"...Con posterioridad a esta diligencia, los litigantes y sus respectivos empleados continuaron ejecutando actos recíprocos de perturbación y como resultado de los enfrentamientos personales entre ambos grupos, el propietario de uno de los predios formuló denuncia, por tentativas de homicidio, contra uno de los empleados del otro y uno de éstos, a su vez, por el mismo delito, contra el primero, asuntos que correspondieron al Juzgado 44 de Instrucción Criminal de Caucasia, para entonces a cargo del doctor Alirio Sanguino Madarriaga quien, so pretexto de las investigaciones por homicidio y con el concurso de la fuerza pública, practicó una inspección judicial a la zona litigiosa de los predios, dentro de la cual ordenó el levantamiento de una cerca, precisó que "las medidas tomadas en (la) diligencia serán de obligatorio cumplimiento para (...) las partes que se encuentran en litigio", indicó quién debía hacer la nueva construcción y quién debía abstenerse de introducir animales a la zona objeto de discordia", sacó de ella, allí mismo a varios semovientes que se encontraban en el lugar y, por último, mediante oficio, solicitó al Capitán de la Policía de la localidad que éste y uno de los agentes bajo su mando asesoraran a una de las partes en "la construcción de la cerca (a) que hace alusión la diligencia de Inspección Judicial..." (Fls. 174 a 175).

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín profirió auto de llamamiento a juicio por los delitos de abuso de función pública (artículo 162) y empleo ilegal de la fuerza pública (artículo 159) al considerar que había ejercido funciones exclusivamente señaladas a la competencia de otros funcionarios y que para concretar su actuación ilegal había contado con la colaboración de miembros de la fuerza pública.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El Colaborador Fiscal ha solicitado la reforma del auto apelado para que se disponga el enjuiciamiento por el delito de abuso de autoridad y se revoque la medida relacionada con la detención preventiva por medio de las siguientes consideraciones:

"...Resulta demostrado, conforme a lo anteriormente anotado, que el juez mencionado, realizó la diligencia referida y ordenó la construcción de la cerca indicada, habiéndose ya adoptado resolución por parte del juez civil correspondiente, cual fue la de mantener la situación existente; esto se acredita con los documentos

mencionados y lo que resulta del proceso, incluso con las manifestaciones del acusado...".

"...Las explicaciones de éste fueron las de haber tratado de evitar situación conflictiva entre los colindantes, con las consecuencias correspondientes y que se habían traducido ya inicialmente en los hechos que dieron lugar a las denuncias que tramitó el Juzgado a su cargo...".

"...Sin embargo, no considera este despacho suficientes estas explicaciones, porque el funcionario tenía conocimiento de que en el asunto referido intervenía el Juzgado Civil del Circuito, mediante el trámite del correspondiente proceso para fijar la línea divisoria de los predios, en el curso del cual, la oposición de la parte demandada a tal fijación había dado lugar a proseguir el trámite por la vía correspondiente, habiéndosele informado de la decisión de aquél funcionario de mantener el *statu quo*, o situación anterior, mientras se adoptaba en la sentencia correspondiente, la decisión final; y que además se había producido la intervención de la autoridad de policía, representada en la inspección respectiva, para imponer mediante el acto correspondiente (resolución de 12 de agosto de 1983, Fl. 19) anterior a la diligencia y decisión adoptada por el acusado, cumplida en 6 de septiembre de 1983 (Fl. 25), el respeto y acatamiento a lo resuelto por el juez del conocimiento en el proceso civil...".

"...Por manera que si vistos estos antecedentes, el acusado adoptó las medidas referidas, procedió irregularmente, en caso que no era de su competencia, pues aparte de que se había adoptado por el juez del conocimiento la decisión del caso, además la policía ya había actuado para disponer el respeto a ésta situación y prevenir futuras contiendas o disputas entre las partes, sin perjuicio de que continuara adoptando las medidas procedentes...".

"...El funcionario no podía ignorar, vista su condición de abogado y las circunstancias y antecedentes expresados, que la medida referida, aunque afirma dirigida a la finalidad expresada, resultaba improcedente, en cuanto no tenía apoyo legal y que por lo tanto, resultaba arbitraria; por lo cual debe considerarse que procedió con conocimiento suficiente y decisión de producir el correspondiente resultado, al variar una situación que se había ordenado mantener por el Juez Civil respectivo...".

"...Aunque se considera que el acto es irregular, difiere éste Despacho en cuanto a la calificación por los delitos de abuso de la función pública y de empleo ilegal de la fuerza pública (arts. 162 y 159 del C. P.), pues como lo anota el salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Gómez Velásquez el auto de 25 de abril de 1984 (Fl. 173), la infracción contemplada por el artículo 162 del Código Penal, requiere la inexistenia de vínculos o conexión de la actividad cumplida por el juez con sus funciones", pues si se da alguna relación, así sea discutible, lo más acertado es aludir al abuso de autoridad y no al abuso de la función...".

"...Comparte este despacho el razonamiento del señor Magistrado disidente, pues efectivamente, no puede concluirse que la actividad cumplida por el funcionario resultara extraña o sin conexión con el asunto en el cual cumplía sus funciones pues guardaba relación con el mismo, en cuanto como lo anota el mismo acusado,

trataba de evitar "roces" entre las partes, con ocasión de la posesión de determinado terreno ubicado en límites de los predios colindantes, sin que buscara una situación definitiva; por manera que cabe deducir que existía la relación mencionada, lo cual implica que no es aplicable el precepto citado...".

"...Se configura por otra parte, de conformidad con lo antes anotado, el delito de abuso de autoridad, pues el acusado, en forma arbitraria por cuanto la ley no le daba la correspondiente facultad y con exceso en el ejercicio de sus funciones, adoptó la determinación expresada, con perjuicio de una de las partes, como se desprende de la denuncia, y en cuanto implicó modificar, así fuere transitoriamente, situación que la autoridad competente había ordenado mantener, lo cual implica que se reunen los elementos contemplados por la ley en relación con dicha figura delictiva...".

"...Se desprende además de lo expresado, que procedió con conocimiento suficiente, pues no podía ignorar que la decisión correspondía a la autoridad respectiva; en cuanto a la interpretación de los poderes del Juez a lo cual alude el salvamento de voto, para modificar situaciones irregulares o ilícitas que se desprendan del acto delictuoso, cabe anotar que en el caso aparte de que ya se había producido la intervención de la autoridad policiva para precaver la situación que pudiera presentarse, podía acudirse nuevamente a ésta para solicitar las medidas adecuadas, lo cual no podía ignorar el acusado; sin que así pueda deducirse que obró sin dolo, con lo cual su conducta resulta contraria a la ley y sin que exista explicación suficiente o que haga desaparecer la ilicitud de dicha conducta hasta el momento...".

"...En cuanto a la intervención de la fuerza pública, representada en el auxilio de la policía, se considera que esta disposición integra el abuso de autoridad, en cuanto se requirió para que pudiera cumplirse lo ordenado por el funcionario, que constituyó el abuso de autoridad; sin dejar de anotar, como lo precisa el salvamento de voto ya mencionado, que el juez para cumplir la diligencia, podía hacerse acompañar de agentes del orden y que ésta medida podía resultar aconsejable vista la situación de pugna y animosidad que existía entre las partes por la prolongada contienda judicial y continua discusión entre las mismas...".

"...Respecto a las razones alegadas por el procesado al sustentar la apelación, se considera que sí adoptó decisiones que no le correspondían en asunto que estaba en litigio, como se indicó y se había adoptado otra decisión por la autoridad competente, aunque su determinación tuviera efectos provisionales; y en cuanto al aspecto de haber procedido con la convicción de buena fe de cumplir su función o dentro de las normas, es aspecto ya examinado, sin que hasta el momento existan razones suficientes para desvirtuar este criterio..." (Fls. 7 a 10).

Consideraciones de la Corte

El recurrente en el memorial sustentatorio solicita la revocatoria de la medida protestada porque considera que no se encuentra plenamente demostrado el cuerpo del delito, porque no está acreditado fehacientemente que el sitio donde se construyó la cerca correspondiente a la zona litigiosa y por tanto de la exclusiva competencia del juez civil. Finalmente afirma que obró con la convicción íntima de estar actuando

legalmente y que por tanto en relación con su conducta es predicable la causal de inculpabilidad del error, prevista en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal.

Existe una evidente equivocación por parte del recurrente al considerar que el delito que se le imputa, es por haber hecho construir la cerca en la zona que era motivo de litigio civil; como fruto de esa equivocación dedica la mayor parte de su memorial sustentatorio para demostrar que la prueba existente en el proceso no indica de manera exacta cual fue el sitio donde se construyó la cerca, pero su procesamiento surge por el simple hecho de haberlo ordenado, porque de tal manera invadió esferas de competencia correspondientes a la justicia civil y a las autoridades de policía, porque su deber legal era practicar todas las pruebas que fueran indispensables para demostrar los hechos presuntamente constitutivos de tentativa de homicidio, y con las determinaciones tomadas en la diligencia que ha sido motivo de cuestionamiento nada conseguía en aras de la instrucción del delito que estaba bajo su competencia.

En las tantas veces mencionada diligencia el juez procesado consignó los objetivos que con la misma buscaba, al decir:

"...El fin de esta diligencia es el de buscar que la decisión tomada por el Juzgado antes señalado sea respetada. Para lograr este objetivo el despacho ordenará al señor Raúl Palacio la elaboración de una cerca de aproximadamente ochenta metros de longitud sobre el mismo lindero, con el fin de evitar que los animales vacunos y caballares pasen de una finca a la otra. Esta cerca o alambrado es provisional y hasta tanto el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal o Caucasia profieran sentencia o fallo definitivo. Las medidas tomadas en esta diligencia serán de obligatorio cumplimiento por parte de las partes que se encuentran en litigio. El señor Palacio construirá la cerca y el señor Ramírez Oyaga, a quien se le hará notificación de esta diligencia toda vez que no se contó con su presencia, se abstendrá en lo sucesivo de introducir animales a la zona objeto de discordia, mantendrá incólume las cercas que sirven en la actualidad como lindero y la que será construida por el señor Raúl Palacio; el desobedecimiento por parte del señor Carlos Alberto Ramírez a lo aquí ordenado obligará a este juzgado a encerrar el ganado que se vaya pasando a la zona en disputa en un corral que para el efecto será señalado, donde se mantendrá hasta tanto se comprometa el cumplimiento de lo aquí decidido...".

El velar por el cumplimiento de las decisiones judiciales no es deber que incumba a los propios jueces porque claramente la Carta asigna este deber al ejecutivo al disponer como obligación del Presidente de la República "prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (art. 119, numeral 2), disposición constitucional reglamentada por el Código Nacional de Policía que justifica la utilización de la fuerza: "para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades" (literal a, artículo 29, Decreto número 1335 de 1970).

Desde el punto de vista típico y de acuerdo con las consideraciones anteriores, indiscutiblemente se da el fenómeno de la adecuación de la conducta a la descripción normativa denominada abuso de función pública (art. 162 del C.P.) porque en ejercicio de su cargo, realizó funciones públicas diversas de las que legalmente le

correspondían pues, como ya se comprobó con las normas antes citadas, tales funciones están claramente atribuidas a la policía.

La constancia consignada en el acta de la diligencia demuestra la clara intención del funcionario de tomar medidas preventivas, unas tendientes a garantizar el cumplimiento de lo decidido por el Juez Civil del Circuito y las otras para prevenir futuros incidentes violentos que pudieran desencadenar una tragedia y generar motivos de nuevos procesos penales, como el investigado.

Debe reconocerse que tales finalidades preventivas no eran de su resorte porque compete a la policía la protección del orden público por medio de "la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas (art. 2 Decreto número 1335 de 1970), e igualmente la prevención de posibles infracciones de la ley penal (art. ibidem*).*

Es bien sabido que además de los elementos objetivos del delito, debe darse el subjetivo, esto es la intencionalidad con que actúa el sujeto activo de la infracción, que significa simple y llanamente, el querer consciente, de realizar una conducta que se sabe es antijurídica y en el caso que se analiza por las motivaciones y finalidades que impulsaron la conducta del sindicado, se ha de concluir que no actuó con intención de realizar una conducta violatoria de un derecho protegido penalmente, y por el contrario, es tan evidente la buena fe con que actuó, que dejó constancia de sus propósitos en el acta de la diligencia. Como ya se reconoció expresamente, la acción realizada por el funcionario es perfectamente típica y se adecúa claramente a la conducta descrita en el artículo 162, pero no se vislumbra por lado alguno, que el funcionario hubiese actuado con la torcida intención de causar daño a alguien o querido conscientemente desconocer derecho penalmente tutelado.

Al no existir la intención dolosa de actuar antijurídicamente es apenas obvio que se ha de concluir en la inexistencia del delito imputado por ausencia de culpabilidad, razón por la cual se revocará el auto de proceder y se lo sobreseerá definitivamente (art. 491 C. de P.P.).

Considera la Sala que el delito de empleo ilegal de la fuerza pública no se alcanza a perfeccionar, porque regularmente, cuando el juez debe realizar este tipo de diligencias, para garantizar el orden y la seguridad de los participantes se solicita el auxilio de la autoridad, pues es bien sabido la existencia de incidentes, algunos con resultados trágicos, que se han presentado en diligencias similares. El solicitar el auxilio de la fuerza pública con tal finalidad no puede ser constitutivo de un hecho ilícito y este se perfecciona cuando la fuerza pública es utilizada para realizar el acto arbitrario o injusto y en el caso motivo de juzgamiento es claro que la presencia de varios miembros de la policía fue indiferente en relación con la actuación realizada, es decir, que de todas maneras habría sucedido lo mismo sin su presencia y la prueba de ello es que se ordenó levantar un alambrado el cual fue realizado por los trabajadores José Domingo Mendoza Román y Luis Usuna Avila y, sin intervención de los agentes quienes fueron de meros acompañantes, para evitar se pudieran producir hechos violentos que pusieran en peligro la vida o integridad de los participantes en la diligencia.

Si el acto excesivo y arbitrario realizado por el funcionario sindicado, no tuvo el concurso decisivo y principal de la fuerza pública, mal se puede hablar de la existencia del delito de empleo ilegal de la fuerza pública.

Conforme a las consideraciones precedentes, se revocará el auto recurrido, dictándose auto de sobreseimiento definitivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, visto el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

RESUELVE:

1. REVOCAR en todas sus partes la providencia apelada que residenció en juicio criminal al doctor Alirio Sanguino Madarriaga por los delitos de empleo ilegal de la fuerza pública y abuso de funciones y decretó su detención preventiva y en su lugar SOBRESEERLO DEFINITIVAMENTE por los delitos mencionados, como consecuencia de las consideraciones formuladas en la parte motiva de esta providencia.

2. Como consecuencia de lo anterior REVOCAR EL AUTO DE DETENCIÓN vigente en contra del doctor Alirio Sanguino Madarriaga, calendado febrero nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente en su debida oportunidad al Tribunal de origen.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

AUTO INHIBITORIO
RAZONES DEL MISMO

Solo es procedente dictarlo por razones de atipicidad o motivos que enerven la acción penal, pero no es viable ante la ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 071.

Bogotá, D.E., julio treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el denunciante, señor Zoilo Torres Duarte, contra la providencia mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja se abstuvo de abrir investigación penal respecto de la abogada María Consuelo Guarín Rubio, Juez Promiscuo Municipal de Chinavita.

HECHOS

A la funcionaria acusada se le atribuye la comisión de un delito de prevaricato por acción, por cuanto mediante auto de sustanciación se negó a admitir una demanda ejecutiva de menor cuantía presentada por Torres Duarte, con supuesta violación del art. 29 ord. 2° del Decreto número 196 de 1971.

RESULTANDOS

1° El desarrollo cronológico de los hechos que originaron esta investigación fue el siguiente:

a) El 18 de octubre de 1984, Torres Duarte actuando en nombre propio presentó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinavita una demanda ejecutiva de menor cuantía e indicó en ésta que obraba en ejercicio de la facultad concedida por el art. 29 ord. 2° del Decreto número 196 de 1971;

b) El 22 de ese mismo mes, en auto de sustanciación la juez acusada se abstuvo de admitir tal demanda y ordenó devolvérsela a Torres Duarte con fundamento en que si bien se trataba de un asunto de menor cuantía, el actor no era abogado y en Chinavita permanentemente litigan varios profesionales del derecho, siete de los cuales fueron expresamente mencionados por la juez en esa providencia;

c) Contra esa determinación Torres Duarte interpuso recurso de reposición, que la funcionaria se abstuvo de aceptar en auto de noviembre 7 de 1984, y

d) Torres Duarte se hizo entonces representar por un abogado residente en Tunja y seguidamente la juez Guarín Rubio admitió y dio curso a la demanda ejecutiva en cuestión.

2° Con las diligencias preliminares practicadas, aparece acreditado que en Chinavita un abogado atiende su oficina personalmente (el doctor Marco Julio Bravo Ruge) y que por lo menos otros dos (los doctores Rosa Tulia Jiménez Hernández y Bartolomé Amaya Montoy) acuden a esa población a ejercer su profesión.

3° El Tribunal Superior de Tunja se abstuvo de iniciar investigación penal por cuanto, en su opinión, al rechazar la demanda suscrita por Torres Duarte la juez denunciada no actuó ilícitamente y si lo hubiera hecho en esa forma su conducta no sería dolosa. Esa Corporación, de otra parte, omitió hacer cualquier pronunciamiento respecto de la demanda de parte civil presentada mediante apoderado por el denunciante Torres Duarte.

4° El Procurador 2° Delegado en lo Penal opina que el comportamiento de la universitaria Guarín Rubio fue ceñido a derecho y, por tanto, pide que se confirme la providencia impugnada.

CONSIDERANDOS

1° *La Sala ha de reiterar, ante todo, que, conforme lo ha expresado en diversas providencias (entre ellas los autos de marzo 13 y agosto 12 de 1980, y septiembre 8 de 1981), sólo es procedente dictar auto inhibitorio por razones de atipicidad o por motivos que enerven la acción penal (falta de querella cuando legalmente se requiere, caducidad y prescripción); por consiguiente, jurídicamente no es viable abstenerse de iniciar investigación penal en atención a la ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad respecto del hecho atribuible al denunciado.*

2° *En el presente caso, la norma que supuestamente habría infringido la funcionaria acusada dispone que sin ser abogado se puede litigar, en causa propia o ajena, en procesos de menor cuantía que se tramiten en municipios que no sean cabeceras de circuito y siempre que allí "no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos"; y agrega la misma disposición en el inciso siguiente que "se entiende" que hay ejercicio habitual cuando un abogado atiende personal y regularmente su oficina en la respectiva localidad, aunque no resida en ella (Decreto número 196 de 1971, art. 29 ord. 2°). Esta última precisión legal, empero no significa que únicamente en tal hipótesis haya ejercicio habitual de la profesión de abogado, sino que en ella no puede negarse la existencia de este ejercicio.*

3° *Ahora bien, en Chinavita, como ya se indicó, existían un abogado que inequívocamente ejercía en forma habitual y otros dos respecto de los cuales tal*

condición es por lo menos discutible. Resulta entonces que, frente a la norma citada, la decisión de la juez no fue un abrupto jurídico, sino que corresponde a una racional y no descartable interpretación.

4° *En consecuencia, la conducta de la funcionaria denunciada no se ajusta a la descripción legal del prevaricato por acción (art. 149, C.P.), ya que para que este delito se estructure no basta con que se haya incurrido en discutible interpretación de las normas, sino que es necesaria una manifiesta violación de mandatos legales, es decir, que se haya cometido ostensible infracción del orden jurídico; agréguese que el comportamiento de la juez no configura tampoco ningún otro hecho punible.*

5° Se confirmará entonces la determinación del Tribunal Superior de Tunja, pero con fundamento en las precedentes consideraciones, y adicionándola en el sentido de que por la inexistencia de proceso penal la Sala se abstiene de estudiar la demanda de constitución de parte civil.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia impugnada y ABSTENERSE de considerar la demanda de constitución de parte civil presentada mediante apoderado por el señor Zoilo Torres Duarte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario

La anterior providencia no está firmada por el honorable Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía por encontrarse en uso de permiso.

CASACION TECNICA

Es antitécnica la demanda de Casación cuando alega la causal primera como violatoria de la ley sustancial y argumenta yerros probatorios, que llevan a concluir en la no demostración del cuerpo del delito y en la duda sobre la responsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta No. 71.

Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por sentencia del 13 de noviembre de 1984 el Tribunal Superior de Tunja, confirmó en su integridad, el fallo del Juzgado Séptimo Superior de dicho Distrito, del 21 de agosto de 1984 por el cual se condenó a Mauro Noel Vaca Sánchez a la pena principal de ciento treinta (130) meses de prisión y las accesorias de rigor como responsable de la muerte de Jaime Soler Daza y de lesiones inferidas a Héctor Soler Daza, conforme a la decisión del Jurado de Conciencia.

Interpuesto el recurso de casación por el procesado, se concedió oportunamente habiéndose tramitado adecuadamente y corriéndose traslado de la demanda presentada por el apoderado del procesado, la cual ha sido declarada ajustada a las exigencias legales.

El Procurador 3° Delegado en lo Penal, solicitó a la Corporación no se case el fallo recurrido.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En relación con los hechos dice la sentencia impugnada:

"...Cuentan los autos que el 25 de septiembre de 1982, en las canchas de tejo de Pedro Arias, ubicadas en la Inspección de Santa Teresa, jurisdicción de San Luis de

Gaceno, se hallaban reunidos los hermanos Jaime, Héctor José Soler Daza, Antonio Castañeda, Hermes Castañeda, con sus respectivas esposas, cuando de un momento a otro, hizo su aparición en aquel sitio el Inspector de Policía de la vereda, Mauro Vaca Sánchez, quien revólver en mano increpó a Héctor José Soler Daza, por haberlo estado buscando. Los allí presentes trataron de evitar, pero Vaca Sánchez disparó su revólver, hiriendo a Héctor José Soler Daza en ambas piernas y dio muerte de manera casi instantánea a Jaime Soler Daza. Ante esta situación, Héctor José Soler, hizo también uso de su pistola, causando heridas de alguna consideración al Inspector Mauro Vaca Sánchez...".

Por auto del 27 de septiembre de 1982 se inició el proceso penal. El 25 de octubre del mismo año se decretó la detención preventiva de Mauro Noel Vaca Sánchez. El 11 de octubre de 1983 se cerró la investigación y el 2 de diciembre del mismo año se llamó a responder a Vaca Sánchez por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Realizada la diligencia de audiencia pública el jurado contestó así al cuestionario formulado en relación con el delito de homicidio: "Sí es culpable de haberle causado la muerte" y al de lesiones personales contestó simplemente con un "sí".

El concepto del Procurador Delegado

El colaborador fiscal solicitó a la Corporación no casara la sentencia impugnada argumentando que:

"...Como aparece de lo expuesto, la acusación se plantea por la violación directa de la ley sustancial, lo cual supone aceptar los hechos como los ha considerado demostrados el fallador; sin embargo, el actor sustenta su alegación en las dudas existentes, por considerar no demostrada la responsabilidad de su patrocinado, lo cual implica afirmar la violación indirecta por errores de interpretación probatoria; posición opuesta y que implica contradicción con el concepto primeramente expresado, falla que lleva a desechar la demanda por defecto en su formulación y que no puede ser enmendada por el Tribunal de Casación. Por este aspecto, hay fundamento para desechar la demanda...".

"...Desde otro punto de vista y examinada la alegación en relación con la violación indirecta de la ley sustancial, si se entendiera que se pretendió plantear por el actor, tampoco podría ser analizada, pues conforme a reiterada jurisprudencia de esa alta Corporación, en los juicios con intervención del jurado de conciencia no es procedente la invocación de la causal indicada, pues conduciría a desconocer la autonomía del jurado o a una declaración de contraevidencia, que corresponde o es solo facultad de los funcionarios de instancia; y las argumentaciones presentadas conducen a tal conclusión, que resulta inaceptable por lo expresado, pues conducirían a declarar la contraevidencia del veredicto...".

"...Solicita además el recurrente, que se deje sin valor la sentencia impugnada para absolver al procesado; sin embargo, de conformidad con el art. 519 del C. de P.P., aspecto que guarda relación con lo antes expresado, en los juicios con jurado la sentencia debe dictarse con fundamento en el veredicto; y si éste se desconociere no habría base para fallar, ya que no puede omitirse tal precepto...".

"...Además, de acuerdo con la causal invocada, si se infirmara la sentencia, habría lugar a dictar el fallo correspondiente (art. 583, numeral 1° C.P.P.), lo cual no podría efectuarse, por no existir veredicto, lo cual remite o se relaciona con la situación ya examinada...".

"...En relación con las alegaciones presentadas y como simple anotación, la sentencia contiene análisis de las pruebas para sustentar el veredicto, elementos probatorios en los cuales se apoyó el enjuiciamiento; sin que por todo lo expresado y no obstante lo consignado en el salvamento de voto, sea procedente entrar a examinar la situación probatoria...".

"...De conformidad con lo anotado, el cargo no puede examinarse, ni prosperar..." (Fls. 27 a 29).

La demanda de casación

El recurrente solicitó a la Corporación que se anule el fallo recurrido y se absuelva al procesado. Invoca como causal única, la primera del artículo 580, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa, pues se dejaron de aplicar los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal y 5 del Código Penal.

A pesar de la causal invocada hace una serie de reflexiones tendiente a demostrar que no se comprobó el cuerpo del delito, ni la responsabilidad del procesado y que por ello se ha debido dar aplicación a la norma consagratoria del principio *in dubio pro reo.*

Argumenta que el dictamen balístico se limita a afirmar que la muerte se produjo por el impacto de un proyectil de revólver calibre 38 y que como el procesado poseía ese día un revólver de tales características, fue él quien mató a Soler Daza. Que son exageradas las afirmaciones de los amigos de Soler que indican a Vaca Sánchez como la persona que disparó inicialmente su revólver, pero que nada dicen en relación con las lesiones sufridas por el procesado.

Dice haberse demostrado en la diligencia de reconstrucción que más de dos armas fueron disparadas y que por ello es posible que el autor del disparo mortal hubiera sido Castañeda que estaba cerca del árbol de mango.

Que Vaca Sánchez no es un peligroso criminal como se ha tratado de demostrar, porque si bien ha sido procesado con anterioridad, todas las investigaciones concluyeron con absolución y que se pretende fundamentar la condena con base en hechos que no fueron delictivos, violando el artículo 5 del Código Penal que proscribe todo tipo de responsabilidad objetiva.

Consideraciones de la Corte

El impugnante incurre en evidentes fallas de técnica en la demanda que se analiza porque a pesar de que alega la causal primera de casación por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, pretensión que implica aceptar los hechos que se han considerado demostrados por el fallador, argumenta una serie de yerros probatorios y que llevan a concluir en la no demostración del cuerpo del delito y en la existencia de

dudas en relación con la responsabilidad del procesado, situación contradictoria con la pretensión esgrimida, porque implica sostener la violación indirecta de la ley sustancial por errores de interpretación probatoria.

Es una falla de técnica, que lleva a desechar la demanda por defectos en su formulación, puesto que estos errores no pueden ser corregidos por la Sala de Casación. Si se pretendiera considerar que la alegación del impugnante va dirigida a demostrar la violación indirecta de la ley sustancial, tampoco sería de aceptación, porque de manera reiterada la Corte ha sostenido que en los juicios con intervención del jurado no es procedente la alegación de esta causal, porque sería tanto como desconocer la autonomía del jurado y llevaría a una declaratoria de contraevidencia, decisión que bien se sabe, solo es factible de ser tomada por los jueces de instancia.

Pide también el casacionista que se desconozca la sentencia impugnada y se dicte una absolutoria, pero esta petición también riñe con elementales principios procesales, porque en los juicios con intervención del jurado, la sentencia debe dictarse con base en el veredicto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 519 de la norma procesal. Debe también tenerse en cuenta que si la causal alegada es la primera, al casarse el fallo se dictará el que debe reemplazarlo (artículo 583), pero ello no sería factible en este caso, puesto que no existe el veredicto necesario para que diera fundamento a la sentencia que solicita se dicte.

No es posible, conforme a la demanda, hacer consideraciones probatorias sobre las que se fundamenta el fallo impugnado y por ello, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, el cargo no puede examinarse, ni prosperar y por ello no se casará la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador 3° Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

La anterior providencia no está firmada por el honorable Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía, por encontrarse en uso de permiso.

EJECUCION CONDICIONAL DE LA PENA EN PROCESOS JUZGADOS Y EN FIRME, EN VIGENCIA DEL C.P. DE 1936

La sentencia condenatoria ejecutoriada en vigencia del C.P. anterior, en cuanto vedaba la concesión del subrogado de la ejecución condicional cuando la pena impuesta era de prisión y excedía de tres años, no permite como aspecto favorable el otorgamiento de esa gracia, que solo se aplica a los casos en curso, cuando la pena no exceda de ese límite.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta No. 71.

Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Revisa la Corte por vía de apelación interpuesta por el denunciante, la providencia de 20 de noviembre de 1984 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se abstuvo de iniciar proceso penal contra la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, Juez Primero Superior de la misma ciudad, por el delito de prevaricato.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El expediente da cuenta de que en el Juzgado Primero Superior de Pereira, se inició un proceso contra Omar Valencia Londoño por tráfico de moneda falsa que concluyó con sentencia de condena a un año de prisión como pena principal.

Contra el mismo sindicado cursó otro proceso por hurto agravado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín dentro del cual fue hallado responsable y condenado a la pena principal de veintiocho meses de prisión, como reo ausente, mediante fallo de 8 de mayo de 1979.

Capturado el 16 de marzo de 1983, Valencia Londoño fue puesto a disposición del Juzgado Primero Superior de Pereira. Con fecha 3 de marzo de 1984 la titular de

este Despacho Judicial dispuso su remisión, mediante Oficio número 095, al Juzgado de Medellín en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 667 del Código de Procedimiento Penal, ya que encontrándose ejecutoriadas las dos sentencias y al no proceder, por lo mismo, posible acumulación, debía inicialmente descontar la pena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito que la dictó primero.

Como quiera que el capturado reiteradamente solicitara la suspensión de la ejecución de la primera condena, ésta le fue concedida finalmente el 4 de julio de 1984, en virtud de providencia en la que se le impuso el cumplimiento de las obligaciones a que alude el artículo 69 del Código Penal y se le hizo constituir caución por valor de $23.000.00. Consecuencialmente fue puesto en libertad por el proceso adelantado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, pero quedó a disposición del Juzgado Primero Superior de Pereira por razón de la sentencia que éste profirió en su contra.

El defensor de Valencia Londoño, al saber que él había sido puesto a disposición del Juzgado Superior de Pereira, formuló el 21 de julio de 1984 una solicitud de libertad en favor de aquél, por pena cumplida, apoyado en la decisión del Juzgado de Medellín que le suspendió la ejecución de la sentencia y por cuanto, en su criterio, el tiempo que permaneció detenido preventivamente Valencia Londoño en la ciudad de Pereira, debía ser tenido en cuenta como abono de la pena dentro del citado proceso.

El juzgado a cargo de la acusada doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, se abstuvo, en proveído de 23 del mismo mes y año, de dar curso a la petición de libertad, aduciendo falta de personería del abogado pues, al haber concluido su mandato con la ejecutoria de la sentencia, y ser de carácter simplemente administrativo la actuación posterior, requería de poder especial para impetrar la solicitud de excarcelación.

Al día siguiente el propio condenado elevó nueva solicitud de libertad, por pena cumplida, básicamente con los mismos argumentos expuestos por quien fuera su defensor. El juzgado se pronunció negativamente, pues consideró que el peticionario solo había empezado a descontar la pena de 12 meses de prisión el 19 de julio de 1984, fecha desde la cual fue puesto nuevamente a su disposición por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín.

El primero de agosto del mismo año, el procesado confirió poder al abogado Oscar Barrera Rivera quien fue reconocido como tal y posesionado el mismo día. El nuevo apoderado interpuso en extenso alegato recurso de reposición contra el auto de 25 de julio anterior y subsidiariamente el de apelación ante el Tribunal Superior de Pereira, para el caso de que no se le atendieran sus planteamientos con relación a la situación jurídica de su poderdante.

El recurso primeramente citado prosperó y, en consecuencia, el Juzgado Primero Superior dispuso, en auto de 14 de agosto de 1984, la inmediata e incondicional libertad de Valencia Londoño, por pena cumplida.

Con fundamento en las anteriores actuaciones, las cuales fueron aportadas, en copia, durante la etapa de indagación preliminar, el Tribunal Superior de Pereira se abstuvo de iniciar sumario contra la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco. Lo hizo

por estimar atípica su conducta, ya que, en su criterio, "las resoluciones que la juez dictó, no son manifiestamente contrarias a la ley. En sus textos nadie podría encontrar oposición con la ley, sino su interpretación, acertada o no, pero sin duda alguna ejecutada de buena fe".

Agregó el Tribunal que "el hecho, muy frecuente por cierto de que una resolución bien motivada de empleado oficial no acoja los argumentos que una de las partes le exponga, no es más que el ejercicio de la controversia que una norma de derecho de dudosa o difícil interpretación suscita. Esta es la razón por la cual existen el recurso de reposición o la segunda instancia" (Fl. 52 del Cdno. No. 1).

En escrito de 22 de noviembre de 1984 sustentó el denunciante, doctor Juan Bautista Medina Medina, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 2ª de 1984, el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 20 del mismo mes y año, motivo por el cual el Tribunal de Instancia lo concedió y envió la actuación a esta Corporación.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado propio de la instancia, solicita a la Sala que imparta confirmación al auto recurrido, puesto que, aunque la decisión adoptada por la funcionaria resulta totalmente opuesta a la inicialmente tomada por ella, esa circunstancia no constituye, por sí sola, violación de la ley penal, pues fue fruto de la interpretación, sin que aparezca absurdo o manifiestamente ilegal su razonamiento. En cuanto a la conducta de la funcionaria que conoció del proceso de Medellín contra el mismo sindicado, el Procurador estima que debe ser examinada por el Tribunal Superior de la misma ciudad y por la Procuraduría Regional, para lo cual se debe ordenar la expedición de copias de lo pertinente con destino a las referidas entidades.

Consideraciones de la Corte

A la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, en su condición de Juez Primero Superior de Pereira, cuya calidad se infiere de las actuaciones que, en fotocopia, fueron tomadas del proceso por tráfico de moneda falsa adelantado contra Omar Valencia Londoño, se le imputa el delito de prevaricato por acción, previsto y sancionado en el artículo 149 del Código Penal. En opinión del denunciante, la acusada dictó una providencia ajustada a derecho y luego, sin elementos de juicio distintos de los ya conocidos dentro del sumario, la revocó y puso en libertad al detenido Valencia Londoño con violación de la ley.

El artículo 667 del Código de Procedimiento Penal establece la manera como deben ejecutarse las sentencias de condena, cuando no fue posible la acumulación de los procesos. Según dicha norma, el orden lo encabeza la que primeramente se dictó y a ésta se aplica en primer término el tiempo de detención efectiva para efectos de la pena impuesta en ella.

Este precepto, que es de meridiana claridad, fue correctamente aplicado por la funcionaria acusada puesto que, una vez dictada la sentencia dentro del juicio por tráfico de moneda falsa y al tener conocimiento de la existencia de otra debidamente

ejecutoriada contra el mismo sindicado en la que se le condenó a la pena privativa de la libertad de 28 meses de prisión por el delito de hurto, lo puso inmediatamente a disposición del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, con la advertencia de que una vez purgara la pena allí impuesta, fuera nuevamente remitido a la ciudad de Pereira para el cumplimiento de la sentencia proferida en este Distrito Judicial (Fl. 13 del Cdno. No. 1).

De la providencia dictada por la Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín el 4 de julio de 1984 es conveniente transcribir el siguiente aparte:

"Valencia Londoño y el cosindicado Alonso Molina Marulanda fueron procesados en ausencia y sucedió que transcurridos cuatro años largos el primero de los citados fue capturado por la comisión de otro delito que le valió la imposición de un año de prisión como responsable que fue hallado por tráfico de moneda falsificada, fallo proferido por el Juzgado Primero Superior de la ciudad de Pereira según constancias de autos (Fl. 131). El 17 de marzo de 1983 fue capturado y estuvo a cuenta del funcionario antes aludido mas en aplicación de la norma del artículo 667 del C. de P.P., el lapso transcurrido se imputó a la sentencia ejecutoriada en primer lugar, la proferida por este Despacho y de ahí que desde la susodicha fecha descuenta la pena impuesta de veintiocho (28) meses de prisión. Así se reconoció desde el momento mismo en que fue dejado a disposición" (Fl. 20 del Cdno. No. 1, subrayas fuera del texto).

Es incuestionable que esa funcionaria, al igual que la juez acusada en estas diligencias, entendieron o interpretaron el artículo 667 del Código de Procedimiento Penal en la misma forma, dada su claridad e inexcusable aplicación en casos como el del procesado Omar Valencia Londoño, quien debía purgar las penas impuestas en dos sentencias condenatorias que se habían ejecutoriado en fechas diferentes.

En la misma providencia puso de presente la Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín que una solicitud anterior del sindicado, también sobre suspensión de la condena, le había sido negada por cuanto se estimó que su personalidad no se compadecía con ese benévolo tratamiento y demandaba, por el contrario, terapia penitenciaria.

Una nueva solicitud, esta vez de libertad condicional, también fue desechada pues el tiempo de detención efectiva, sumado al de las rebajas a que pudiera tener derecho el procesado por trabajo en el establecimiento carcelario, no equivalía aun a las dos terceras partes de la pena de 28 meses de prisión que le había sido impuesta.

Al ocuparse de esta última petición expresó la funcionaria:

"Una vez más, en memorial que calendara el 23 del mes de julio último y recibido el 28 insiste el condenado en el derecho que le asiste a que se le suspenda la ejecución de la sentencia, y al punto mismo se refiere a la favorabilidad que el cambio de legislación trajo consigo y por lo tanto aclara que su petición está referida a la modificación de la sentencia ejecutoriada en virtud, precisamente, de esa favorabilidad dispuesta por ley posterior. No vamos a rebatir las argumentaciones al respecto puesto que, volvemos y lo repetimos, ya en anterior oportunidad el Despacho compartió ese concepto. Se trata, entonces, de volver a recabar sobre el derecho o no que al subrogado tiene el condenado y al caso volvemos sobre argumentación ya

esbozada. Como requisito indispensable exige el art. 68 en su numeral 2° refiriéndose a la del sentenciado 'que su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario'. Es verdad que al momento de proferirse el fallo no se consideró al sindicado como elemento peligroso y también es cierto que no se conocieron antecedentes, igualmente que la naturaleza y modalidades del hecho fueron suficientemente reprimidos, sin embargo no son ellos los solos parámetros con los cuales pueda determinarse si el individuo está o no en condiciones de reintegrarse al conglomerado social. Si bien es cierto que al momento de ser condenado Omar Valencia no se contaba con la sentencia condenatoria impuesta por el Juzgado Primero Superior de Pereira, también lo es, que ella es reveladora de la proclividad del sindicado a delinquir. Sabía que se le había juzgado en ausencia porque el solo hecho de la desaparición repentina y sin justificación del lugar de trabajo fue indicio grave para deducirle responsabilidad en el atentado contra el patrimonio económico de su empleador. Sabía que se le procesaba y no tuvo reato en incursionar nuevamente por las márgenes del Código Penal nada más ni nada menos que por circulación de moneda falsa. Entonces podrá pregonarse que no requiere tratamiento penitenciario" (Fls. 20 vto. y 21 del Cdno. No. 1).

No pueden ser más explícitas las anteriores consideraciones como sustento para predicar que el procesado Omar Valencia no era acreedor al beneficio de suspensión de la ejecución de la sentencia porque no se daban los presupuestos del artículo 80 del Código Penal de 1936 bajo cuyo imperio ocurrieron los hechos, ni los de los artículos 68 y 72 del actual estatuto que eventualmente lo favorecían.

Tampoco contabilizaba, entre tiempo de detención efectiva y compensaciones por trabajo o estudio, las dos terceras partes de la sanción impuesta, ni su personalidad y el comportamiento posterior a la primera sentencia lo hacían acreedor al beneficio de la excarcelación.

No obstante, en forma que no armoniza con los anteriores planteamientos, finaliza su providencia la Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín consignando que "... sin embargo a esta altura procesal las certificaciones de los diferentes establecimientos carcelarios en donde ha estado en detención preventiva son base sólida para pensar, por lo menos, que el sindicado hace esfuerzos por rehabilitarse. Ha estado dedicado al trabajo en la medida en que ha podido logrando redimir en esa forma un buen lapso que como quiera que no se trata en el sub-examen de considerar la libertad condicional, no precisa de hacer cómputos así esté a las puertas de cumplir las dos terceras partes de la pena impuesta. Se trata en efecto de modificar la sentencia ejecutoriada en el sentido de suspender su ejecución y esto porque considera el Despacho, dadas las circunstancias que venimos de relacionar que el tratamiento penitenciario que se consideró necesario para el condenado ha sido redimido con el tiempo que lleva en detención preventiva revelando en su transcurso el deseo traducido en actos positivos de reintegrarse al conglomerado social" (Fl. 21 vto.).

En conclusión, la juez otorgó a Valencia Londoño el beneficio de suspensión de la ejecución de la sentencia, previa constitución de fianza por $23.000.00, habiendo quedado el procesado a disposición del juzgado Primero Superior de Pereira para el pago de la pena allí impuesta.

Las transcripciones que se dejan hechas, hablan por sí solas de la irregularidad palmaria en que incurrió la Juez Tercero Penal del Circuito de Medellín al otorgar al procesado Omar Valencia el beneficio de excarcelación, pues, como ella misma lo advierte en sus consideraciones, el procesado no era acreedor desde un comienzo al subrogado penal de la suspensión de la condena y tampoco llenaba los requisitos de naturaleza cronológica que exige la ley para otorgar el beneficio de libertad condicional. A pesar de ello, variando de criterio y sobre el único presupuesto del efecto readaptador del trabajo realizado por el procesado en el establecimiento carcelario, circunstancia ajena a las exigencias del subrogado de la suspensión de la ejecución de la sentencia, accedió finalmente a una petición que venía negando con acierto.

El principio de favorabilidad, sobre el cual fundamentó su decisión, no tenía aplicación en este caso, pues la sentencia quedó ejecutoriada en vigencia del anterior Código Penal, el cual vedaba la concesión del subrogado de la condena condicional cuando la pena impuesta era de prisión y excedía de dos años, que fue lo que le aconteció a Omar Valencia Londoño. La circunstancia de que el nuevo estatuto penal permita esa gracia cuando la pena de prisión no exceda de tres años, no quiere decir que este aspecto favorable ha de aplicarse a los casos ya juzgados y en firme, sino a los que estén en curso aunque los hechos hubiesen ocurrido en época anterior a la vigencia de la nueva norma. No se trata de una rebaja de pena como para pensar en aplicar el artículo 7° del C. de P.P., sino de una mayor amplitud en uno de los presupuestos del subrogado penal.

Esta conducta, como bien lo destaca el Ministerio Público ante la Corte, debe ser puesta en conocimiento del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, a fin de que dicha Corporación resuelva lo que legalmente corresponda en relación con ella.

Como la anterior decisión fue incorporada al proceso contra Omar Valencia Londoño que cursaba en el Juzgado Primero Superior de Pereira, y con fundamento en ella se pidió la libertad por tiempo cumplido en relación con éste, la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, titular del Despacho, no accedió, en providencia de 25 de julio de 1984, a dicha solicitud. En este proveído consignó la funcionaria:

"Si analizamos el caso concreto, del condenado Valencia Londoño con fidelidad al tenor del art. 667 del C. de P.P., tendríamos que decir que desde el 16 de marzo de 1983 empezó a descontar la pena impuesta en Medellín. O sea, que hasta la fecha en que fue dejado a disposición de ese Despacho, no había purgado un solo día de la pena impuesta aquí.

"La condena que se le infligió a Valencia por el delito de tráfico de moneda falsificada, apenas comenzó a descontarla el diez (10) de julio del presente año, fecha en la cual fue puesto a disposición por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín. De manera pues que antes que cumplir la pena, Omar Valencia Londoño, apenas empieza a purgarla. Esta es la razón por la cual se negará la petición" (Fl. 31 del Cdno. No. 1).

No obstante lo expresado con suficientes claridad y precisión por la funcionaria acusada en esa providencia, el 14 de agosto siguiente resolvió, bajo presupuestos ya conocidos por ella con anterioridad, de manera favorable el recurso de reposición interpuesto por el nuevo apoderado del procesado Valencia Londoño, y ordenó, en consecuencia, la libertad inmediata e incondicional de éste, por pena cumplida.

En esta nueva decisión, expuso:

"Este despacho, si bien no comparte muchas de las apreciaciones del señor apoderado, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 667 del C. de P.P., solamente en aquellos casos en que las causas eran acumulables, ni considera que el artículo 54 del nuevo Código Penal haya derogado el 667 ya citado, pues en ningún momento encuentra que sean contrarios, sí estima necesario hacer un replanteamiento sobre la situación de Omar Valencia Londoño, frente al tiempo que permaneció en detención preventiva.

"Fue la actuación un tanto *sui generis* del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, al suspender una pena que ya se estaba purgando, al conceder un subrogado penal cuando ya había precluido el tiempo para hacerlo y al otorgarlo precisamente a quien a todas luces necesitaba un tratamiento penitenciario, lo que desconcertó la decisión del juzgado. Pero frente a un hecho cumplido y ante una decisión judicial que por injusta que aparezca, ya es irreversible, se debe apreciar el beneficio de condena de ejecución condicional en su verdadero contenido.

"Efectivamente, si bien Omar Valencia Londoño empezó a pagar la pena anterior, el 3 de marzo del año en curso y permaneció por cuenta de la misma autoridad hasta el 10 de julio, hasta ese momento los once meses de detención preventiva se entendía que debían imputársele a esa condena. Pero al ser suspendida por el juzgado que la pronunció, no puede tenerse esa pena como la 'primera en ejecutarse'" (Fl. 41 del Cdno. No. 1).

La providencia *sui generis* como la denomina la acusada, proferida por la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, lejos de hacerla incurrir en error en su primer pronunciamiento, fue base para predicar que el procesado no había cumplido la pena por encontrarse solamente a disposición del Juzgado Primero Superior de Pereira desde el 10 de julio de 1984.

Aquella providencia, en modo alguno obligaba a la funcionaria de Pereira, la cual conocía de otro proceso completamente diferente y que había concluido con sentencia de condena que se hallaba igualmente ejecutoriada. Si, como se dejó dicho inicialmente, las dos funcionarias dieron correcta interpretación al artículo 667 del Código de Procedimiento Penal y el tiempo de detención efectiva de Omar Valencia Londoño había sido abonado a la primera sentencia, no existe argumento válido para sostener que, por haberse suspendido su ejecución, el tiempo de privación de la libertad, que había purgado en relación con ésta, debía tenerse en su totalidad como abono a la pena impuesta en la segunda.

Como Omar Valencia Londoño fue puesto legalmente a disposición del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín por cuenta de la sentencia proferida en el año de 1979, cuando se le suspendió en forma irregular la ejecución de ésta ya llevaba descontada parte de la pena, la cual había cumplido ya sus efectos en relación con ella. Por modo que la suspensión solamente comprendía el resto de pena insoluto y no su totalidad.

Por tanto, el tiempo de detención que podía computarse para efectos del segundo fallo era solamente el transcurrido con posterioridad a la fecha de suspensión

del primero, el cual no permitía considerar como cumplida en su totalidad esa segunda pena.

De lo anterior se concluye que la decisión tomada por la funcionaria denunciada no correspondía a la realidad procesal y que, además, contraría su propio pensamiento expuesto en una de sus anteriores decisiones. El pretexto de hallarse ante un hecho cumplido e irreversible, originado por la decisión judicial "así sea injusta", según sus propias palabras, no constituye base suficiente para predicar que ninguna irregularidad existió en su conducta, por lo cual se impone revocar la providencia recurrida para que, dentro de la correspondiente investigación, la juez acusada pueda aclarar en debida forma su comportamiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo penal,

RESUELVE:

1° REVOCAR la providencia recurrida y, en su lugar, ordenar que por el Tribunal de Instancia se abra la correspondiente investigación penal en relación con la conducta de la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Pereira, relacionada con los hechos que se dejaron relatados y comentados en la parte motiva de este proveído.

2° ORDENAR que por la misma corporación se compulsen copias de lo pertinente con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia, en lo que respecta al comportamiento de la Juez Tercero Penal de ese circuito, doctora Cecilia Páez de Restrepo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

EMPLEADO OFICIAL
Prueba de su investidura

No es necesario que se alleguen al informativo documentos que comprueben la condición de empleado oficial, basta que se deduzca de la actuación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta No. 71 de julio 31 de 1985.

Bogotá, D. E., julio treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por apelación del denunciante, conoce esta Sala del auto inhibitorio proferido el 7 de noviembre de 1984 por el Tribunal Superior de Neiva en las diligencias preliminares adelantadas contra el Personero Delegado en lo Penal de esa ciudad, doctor Joaquín Vega Pérez, a quien se acusó de cometer el delito de prevaricato.

ANTECEDENTES

En el Juzgado 5º Penal Municipal de Neiva cursaba un sumario por las lesiones que recíprocamente se causaron Alvaro Pío Lozano y Gabriel Vargas, en el que se dictó auto de detención contra el primero. Lozano solicitó la revocatoria de la medida cautelar en cuyo trámite se dio traslado al Personero Delegado en lo Penal de la referida ciudad, doctor Joaquín Vega Pérez, quien el 26 de julio de 1984 rindió concepto desfavorable luego de referirse a la credibilidad que le merecían los testimonios de Alberto Manrique, Jaime Rojas y Rosaura Sánchez quienes presenciaron los hechos citados por el lesionado Gabriel Vargas, y expresar su conformidad con el juzgado que, a la vez, había desechado por falta de credibilidad el dicho de los testigos citados por el procesado Alvaro Pío Lozano, concretamente los de Leonel Cabrera y Octavio Conde.

Al primero de estos testigos lo consideró no atendible el personero de acuerdo con la respuesta que suministró al ser interrogado sobre si sabía el motivo por el cual

estaba rindiendo declaración jurada y contestar: "sí, tengo algo de conocimiento porque a mí me han informado sobre una pelea". Esta manifestación llevó al representante del Ministerio Público a creer que el deponente no presenció personalmente los hechos que se investigaban y por consiguiente a objetarlo y restarle valor frente a los testimonios de los declarantes de la contraparte. En la misma Vista Fiscal el Personero llamó la atención sobre el dictamen médico-legal practicado a Gabriel Vargas, según el cual la lesión que éste sufriera en el rostro fue producida por golpe con objeto contundente y no de manera accidental, como lo pregonaba el procesado Alvaro Pío Lozano, contra quien solicitó mantener la medida cautelar, a la vez que llamó la atención respecto al incumplimiento de éste en prestar la caución impuesta para gozar de la libertad.

Como en otra de las respuestas dadas por el mismo testigo Cabrera aparecía la narración de los sucesos que motivaron el proceso por lesiones, lo cual significaba que sí los había presenciado, el sindicado Lozano resolvió denunciar al personero doctor Vega Pérez porque, en su opinión, deliberadamente faltó a la verdad al calificar al testigo Cabrera como de "oídas" y así restarle credibilidad; agregó que el funcionario obró así para causarle perjuicio pues era su enemigo. Estimó este comportamiento constitutivo de prevaricato, contemplado en el artículo 149 del Código Penal, el proferir un dictamen manifiestamente contrario a la ley "pues no solamente riñe con ésta sino también con la verdad".

El doctor Lozano no concretó en su ampliación de denuncia los motivos para considerar al personero como su enemigo, pero recalcó que la posición del funcionario había sido igualmente contraria a la verdad en relación con el testimonio de Octavio Conde. De este declarante el personero destacó en la mencionada Vista Fiscal la respuesta que el testigo dio cuando se le preguntó quién lo había citado a declarar pues contestó: "un señor me citó en la oficina, me dijo que viniera aquí al Juzgado 5° Penal Municipal" (Fl. 79 Cdno. ppal.).

La copia del proceso por lesiones personales traída a esta averiguación preliminar enseña que se adelantó por los trámites del Decreto número 522 de 1971 en razón de la incapacidad definitiva para ambos heridos y la ausencia de consecuencias. Por proveído del 29 de septiembre de 1984 los sindicados fueron citados a audiencia pública.

En el auto inhibitorio que se revisa, el Tribunal Superior de Neiva hizo amplio análisis de la prueba allegada al referido informativo hasta llegar a la conclusión de que el personero denunciado obró correctamente al desestimar el testimonio de Leonel Cabrera, ocuparse de otros elementos de juicio y pedir se negara la libertad provisional al acusado Alvaro Pío Lozano.

La conclusión del juzgador de primer grado determinó la apelación del auto inhibitorio, por cuanto el denunciante estimó que el Tribunal invadió el terreno del Juez Municipal encargado de dirimir el asunto de las lesiones y terminó por marcarle una pauta, en lo que se convirtió, según su opinión, en un prejuzgamiento de consecuencias previsibles para su condición de sindicado.

Estimó que el dolo en la actuación del funcionario provino de la mala fe con que apreció los testimonios referidos en la denuncia y su ampliación. Desechó la enemis-

tad con el funcionario acusado porque tal circunstancia "nada tiene que ver con la configuración del delito". Advirtió que en el caso a estudio "... una cosa es hacer la crítica del testimonio teniendo en cuenta los elementos constitutivos de él, y otra cosa es tratar de torcerle el pescuezo a la norma o a los hechos demostrados en autos, so prestexto de interpretar la ley, como lo hace el señor personero delegado" (Fls. 244 a 246 Cdno. ppal.).

El señor Procurador 3° Delegado en lo Penal comparte la decisión que se revisa por considerar que el concepto del personero se apoyó en la interpretación de la prueba existente en el sumario por lesiones personales y no en un elemento de convicción determinado; agregó que el funcionario se detuvo en el encabezamiento del testimonio de Leonel Cabrera, sin avanzar en el resto en el cual el declarante explicaba suficientemente su presencia en el lugar de los hechos.

Aspectos de suma importancia para la resolución del recurso que se estudia revela el proceso por lesiones traído en fotocopia a estas diligencias, así:

a) Desde el 5 de julio de 1984 en concepto sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal impetrada por el mismo procesado doctor Alvaro Pío Lozano, el personero doctor Joaquín Vega Pérez se opuso aduciendo discordancia entre los testigos citados por aquél y los de la contraparte, Alberto Manrique y Rosa o Rosaura Sánchez; dijo el funcionario, entre otras cosas:

"De las piezas probatorias allegadas, se puede observar que existe contradicción en los testimonios que dan algunos de los testigos que estuvieron en el lugar de los hechos –subraya la Corte–; manifiestan que la lesión que sufriera en el rostro el señor Gabriel Vargas fue producida por el estallido de una botella de cerveza, Leonel Cabrera Vargas, Octavio Conde Lasso –subraya la Corte–, ...versiones contrarias a las rendidas por los testigos Alberto Manrique García y Rosa Sánchez Henao; quienes manifiestan que dicha lesión fue producida por el doctor Alvaro Pío Lozano Ramírez (sic) al propinarle un golpe con la botella que tenía en la mano..." (Fl. 46 Cdno. ppal.).

En el mismo auto en que se resolvió la solicitud de cesación de procedimiento, se decidió la situación jurídica del doctor Lozano decretando su detención preventiva, y en sus motivaciones el juzgado, si bien mencionó entre los testigos que se dijeron presenciales de los hechos a Leonel Cabrera y Octavio Lasso, desechó la versión uniforme que junto con Helí Vargas, Régulo Perdomo, Rafael Nieto y Alirio Gutiérrez suministraron sobre los sucesos por considerarla no digna de credibilidad; en cambio prefirió, por estimarlas más ajustadas a la realidad, las de los declarantes Rosaura Sánchez y Jairo Rojas –mesera y administrador del establecimiento donde se suscitó la pelea– y la de Alberto Manrique, compañero del lesionado Gabriel Vargas y por lo mismo más cercano observador de lo acaecido (Fl. 51 y ss. *ibid*).

b) Al conceptuar sobre la solicitud de revocatoria del auto de detención, el personero en forma global descalificó los testimonios de quienes citó el procesado Alvaro Pío Lozano, restándoles fuerza probatoria debido a la característica "uniformidad narrativa" que los identificaba, fundándose al efecto en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pretendiendo ahondar sobre la calidad de los testimonios, contra lo dicho en su concepto del 5 de julio en el que los había admitido como

presenciales, considera en esta ocasión como testigos indirectos a Leonel Cabrera y Octavio Conde, de cada uno de los cuales transcribe una respuesta en apoyo de su nueva posición para en definitiva remitirse a la apreciación del Juzgado, en estos términos:

"Por lo expuesto anteriormente, justificadamente el juzgador ha desechado las versiones dadas por los declarantes citados por el procesado" (Fls. 78-79 *ibid*).

A continuación, el funcionario en su concepto, para fundamentar su rechazo a la versión del sindicado Lozano sobre la forma en que resultó herido Vargas, acudió al dictamen médico-legal según el cual la lesión fue resultado de un golpe con objeto contundente. El experticio se refiere a "herida suturada de 4 cms., en región molar izquierda que sugiere arma contundente" (Fl. 17 *ibid*).

En el mismo concepto el funcionario compartió la valoración que de los testimonios de Alberto Manrique, Jairo Rojas y Rosaura Sánchez hizo el juzgado, por que tales declarantes presenciaron los hechos, no tenían interés en el resultado del proceso y llevaban "consigo certeza sobre las circunstancias que rodearon el ilícito".

c) El juzgado persistió en su apreciación probatoria de los testimonios últimamente citados, y atendiendo el concepto del personero, optó por mantener la medida precautelar contra Lozano, en pronunciamiento del 28 de julio de 1984 (Fls. 87 y ss. *ibid*).

Consideraciones de la Sala

En cuanto a la competencia de la Corte para el juzgamiento del personero delegado en lo penal de Neiva, doctor Joaquín Vega Pérez, no existe duda, ya que si bien no se allegaron a las diligencias los documentos con los que se comprueba la investidura oficial del acusado, sí se trajo fotocopia autenticada del proceso por lesiones, en que aparece la actuación que como representante del Ministerio Público en el proceso penal llevó a cabo en las ocasiones en que de acuerdo a la ley de procedimiento le correspondió emitir concepto, y es precisamente a uno de esos a que hace relación la denuncia.

La acusación concreta al doctor Vega Pérez, consiste en haber calificado como testigos "indirectos" de los hechos del proceso por lesiones recíprocas de Alvaro Pío Lozano y Gabriel Vargas, a Leonel Cabrera y Octavio Conde cuando, al parecer, tales deponentes sí los presenciaron e hicieron relato al juzgado. Así pues al restarles credibilidad a esos testimonios por ese motivo, en el concepto en que sugirió mantener el auto de detención contra el sindicado Lozano, éste consideró que el funcionario cometió falsedad y prevaricato.

El juzgado instructor preguntó al deponente Cabrera, después de sus anotaciones personales, si presumía o tenía conocimiento sobre el motivo por el cual se hallaba rindiendo declaración bajo juramento, y éste, dando la impresión de que su conocimiento de lo sucedido provenía del dicho de otras personas, respondió como lo transcribió en forma textual el personero en su concepto:

"Sí, tengo algo de conocimiento, porque a mí me han informado sobre una pelea" (Fl. 19 Cdno. ppal).

A la pregunta siguiente, basada obviamente en esta respuesta, el declarante hizo un relato situándose como presencial de los hechos junto con Carlos Charry, Luis Vargas y Octavio Conde, y explicó la causa que movió al abogado Lozano a agredir a Gabriel Vargas y la forma accidental como a su juicio ocurrió la lesión de éste. Dicho testigo fue mencionado por el sindicado Lozano, según auto del 19 de junio de 1984 (Fl. 18 v. *ibid*), como también lo fueron Octavio Conde, Carlos Charry, Luis Vargas, Régulo Perdomo, Alirio Gutiérrez, Dionisio Gutiérrez, Rafael Nieto y Augusto Campo, y a todos se ordenó citar. El mismo día declararon Cabrera, Conde y Vargas, y en los subsiguientes Perdomo, Gutiérrez y Nieto (Fls. 19, 20, 22 y 28 a 32 *ibid*).

A Octavio Conde, que declaró el mismo día en que se ordenó citar, el juzgado le preguntó quién lo citó "o le indicó que... se necesitaba" para rendir testimonio y contestó: "un señor me citó en la oficina, me dijo que viniera aquí al Juzgado 5° Penal Municipal" (fls. 20 vto. y ss. *ibidem*); seguidamente refiere los hechos de manera similar a como lo hizo el deponente Leonel Cabrera, con quien dijo haber estado departiendo la noche de autos en la gallera "Las Ceibas".

Resulta evidente que el personero delegado en lo penal de Neiva resumió en su concepto del 26 de julio de 1984, las razones fundamentales que a su juicio impedían darle credibilidad a los testimonios de Leonel Cabrera y Octavio Conde, dos de las personas citadas por el procesado Alvaro Pío Lozano: la falta de espontaneidad resultante de la "uniformidad narrativa" que presentaban de los hechos, y la aparente calidad de testigos indirectos por su ausencia del lugar de los mismos debido, en cuanto a Cabrera, a la respuesta equívoca que suministró sobre la causa de su declaración, y respecto de Conde, a su comparecencia al juzgado sin recibir citación del despacho judicial (Fls. 18 v - 20 v. y ss.).

Las versiones de los mencionados testigos y las de los otros citados por el sindicado Lozano, fueron rechazadas por falta de credibilidad por el juzgado tanto en el auto calificatorio –que fue el mismo en que se resolvió sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal– como en el que denegó la revocatoria de la medida cautelar y, en definitiva, lo que se encuentra en el concepto del 26 de julio es una reiterada remisión del personero al criterio valorativo del juzgado que hace suyo en lo esencial.

Es claro que los testimonios de Cabrera y Conde no fueron los únicos elementos de juicio que tuvo en cuenta el personero para sugerir al juzgado el mantenimiento de la medida preventiva contra el sindicado Lozano. A más de esos elementos de convicción, apoyó su petición en las consideraciones consignadas por el despacho judicial en anterior oportunidad.

En definitiva, el personero doctor Joaquín Vega Pérez no emitió su concepto en contra de la realidad probatoria; se limitó a interpretar dos testimonios y a remitirse a una providencia judicial anterior y por tanto el hecho ilícito a él atribuido no existió.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto inhibitorio dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en estas diligencias adelantadas contra el Personero Delegado en lo Penal de la misma ciudad, doctor Joaquín Vega Pérez.

Cópiese, notifíquese, devuélvase,

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

MAGISTRADO
Causal de mala conducta

La elección de jueces corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en Sala Plena y es causal de mala conducta su distribución entre los Magistrados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 71.

Bogotá, treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Quien se firma Pedro Vargas Guerrero, en escrito recibido en la Presidencia de la Corte, ha acusado al doctor Guillermo León Martínez, Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, fundado en la consideración de que incurrió en anomalías cuando ejerció la profesión de abogado en aquella ciudad al haber desempeñado el cargo de secuestre de un vehículo automotor que entregó dañado, para el cual fue designado en un proceso ejecutivo, por el juez que lo tenía a su cargo; lo mismo que "cometió varios prevaricatos", como juez de Instrucción Criminal de Bogotá, al legalizar algunos documentos de un automotor y por último ya en la Magistratura elige jueces deshonestos y borrachos a quienes les impone secretarios, escribientes y citadores, aceptando bebidas y comilonas si se trata de hombres y la entrega sexual si de mujeres conviviendo públicamente en amancebamiento con una mujer de cuatro en conducta.

No obstante a que la denuncia recibida no reúne los requisitos formales señalados por el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, sobre presentación personal, suscripción del acta respectiva por parte del denunciante, del funcionario que la recibió y su secretario (Auto de 23 de junio de 1982, págs. 189 y 190 "Excertas Penales 1982"), ninguno de los hechos imputados anómalos, inmorales o delictuosos le corresponde su investigación a la Corte según lo preceptúa de manera taxativa la norma 32 del estatuto citado porque ella no le da competencia para conocer de actos

cometidos por secuestros, aun siendo abogados, ni contra jueces, en primera o única instancia, así se trate de simples faltas o hechos delictuosos.

De tal suerte que se dispondrá sacar copias de la denuncia con destino al Juzgado Penal Municipal o del Circuito (reparto), según la cuantía y Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal– para que si lo consideran inicien o no la investigación del caso por el posible delito en que hubiese podido incurrir el denunciado al hacer uso indebido del vehículo automotor que se le entregó como secuestre y de los "varios prevaricatos" que se dice cometió como juez de Instrucción Criminal de Bogotá al legalizar unos documentos, respectivamente.

En lo que atañe a la función de Magistrado del Tribunal Superior de Pasto que desempeña el doctor Guillermo León Martínez, resultan irrelevantes penalmente los cargos de elegir jueces e imponerles a éstos los empleados y la convivencia pública en amancebamiento público con una señora de cuatro en conducta, pues no constituyen ninguna modalidad delictuosa a la luz de nuestra normatividad penal.

Equivocado criterio de acusar a un Magistrado por la realización de actos que solo no puede ejecutar, como es la elección de jueces porque aquéllos están reservados por la Constitución (art. 157) y leyes de la República a los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales en Sala Plena, con un mínimo de las 2/3 partes de los votos que integran la Corporación, con votaciones secretas y la prohibición de distribución de empleos entre los Magistrados so pena de incurrir en causal de mala conducta (art. 14 Decreto número 1660 de 1978).

Pero *si a los jueces que elige el Tribunal Superior* de Pasto el doctor León Martínez *le impone el personal subalterno, tampoco comete infracción penal, sino falta disciplinaria por influencia directa o indirecta sobre quienes dependen de la Corporación, e idéntica reflexión puede hacerse en relación con el amancebamiento, y su averiguación por tanto corresponde a la Procuraduría Regional* de Pasto *y a la Corte la decisión sobre la sanción si se comprobaren tales hechos por parte de aquélla,* para lo cual se ordenarán fotocopias con destino a aquella autoridad.

En suma, la Sala debe rechazar, *in limine* la denuncia, por no encontrar mérito para ordenar actuación alguna.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– se ABSTIENE de iniciar investigación penal en relación con la denuncia presentada contra el doctor Guillermo León Martínez, en su condición de Magistrado del Tribunal Superior de Pasto y ORDENA compulsar las copias dispuestas, con destino a las autoridades señaladas.

Notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Edgar Saavedra Rojas, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

MINISTERIO PUBLICO
Sus funciones

Las funciones del Ministerio Público son diversas, incluyen la emisión de conceptos y la vigilancia a los despachos judiciales. Por consiguiente, no incurre en comportamiento delictivo el funcionario que certifique su asistencia al trabajo cuando lo cumpla fuera de su oficina.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 71 de julio 31 de 1985.

Bogotá, 1° de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en auto que consulta y fechada el quince (15) de febrero del año en curso, ha dado aplicación al art. 163 del C. de P. P. (los hechos denunciados, la ley no los considera como infracción penal), en favor de la doctora Nelly Suescún de Góez, a quien como Fiscal Primera Superior de Aduanas se le imputaba la comisión de los delitos de "abusos de autoridad y falsedad ideológica en documento público".

El Ministerio Público, en primera y segunda instancia, conceptuó favorablemente sobre tal determinación.

HECHOS

El *a-quo* los relaciona así:

"Se logró establecer: que en verdad la señora Fiscal sancionó al señor Orozco Granada con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis días no remunerados", previo el siguiente considerando: "Tercero. Que el día sábado 24 de marzo del presente año dentro de la misma oficina del Despacho incurrió en graves irrespetos verbales a su superior, a cuyo cargo está el régimen de disciplina interna de la oficina" (Fl. 1).

"Como el afectado interpusiera el recurso de reposición, la señora funcionaria le denegó porque "el memorial que contiene la solicitud de reposición redactado con insolencia y descortesía, no desvirtúa el fundamento a razón que se tuvo para emitir la Resolución cuya reposición solicita; por el contrario, contiene una confesión explícita del irrespeto a su superior jerárquico, justamente la que motivó la sanción. Que el procedimiento establecido para la sanción impuesta es breve y sumario, no impone previo traslado de cargos, ni contiene períodos probatorios. Corresponde al funcionario que sanciona calificar y evaluar los cargos en que se apoya (Fl. 5).

"Que hubo un altercado entre el subalterno y la señora fiscal con motivo de la información que diera a uno de los empleados de un juzgado sobre la inasistencia de la funcionaria a la oficina. Aquél la requería para hacerle una notificación y dejó la respectiva constancia: '...cuando ella leyó las constancias, se encolerizó y, gritándome en tono de regaño, me preguntó: ¿Usted informó esto? obviamente, le dije que sí, y, también gritando, agregó: 'no faltaba más que un citador y el secretario me controlaran el horario'; le pregunté que qué quería que yo hubiera dicho, y siempre gritando, repuso: usted que va a saber' ".

"Al continuar gritándome, airadamente le manifesté que me había limitado a ser veraz, que cosa diferente no podía decir si ella abandonaba diariamente su despacho poco después del medio día, y que no tenía por qué pagar yo las consecuencias de su mala conducta. En vez de avergonzarse, siguió colérica y gritándome nuevamente dijo: 'a usted no le importa, respéteme, lo voy a sancionar', y, cuando le expresé que me quejaría ante la Procuraduría, me gritó: 'vaya ya' " (Fl. 8).

"No se conocen en su texto los términos del altercado, pero del escrito que acaba de citarse se colige que debió desarrollarse con marcada acritud. Don Sergio Yepes Correa, quien se hallaba en la oficina por razón de sus funciones, habló de una discusión acalorada: '...me encontraba notificándole un auto a la doctora en el cual o mejor en el expediente se encontraban varias constancias las cuales me correspondió dejar a mi, ya que en días anteriores no había podido notificar por no encontrarse la doctora en el despacho, el señor Horacio Orozco, me había informado el día anterior que la doctora Nelly había salido y no sabía para donde y en la constancia apareció éste, la cual leyó la doctora Nelly. Le llamó la atención al señor Horacio Orozco y a raíz de eso tuvieron una discusión, no me dí cuenta de más...' " (Fl. 28).

"Y don Javier García Londoño: '...en todo caso ella le reclamaba a él que ese comportamiento del por qué había dicho eso, tal como quedó en la constancia. ¿usted por qué dijo eso? manifestó ella, don Horacio le contestó más o menos en estos términos: doctora yo siempre digo la verdad, me hace el favor y me respeta, la doctora Nelly en un momento de ofuscación le dijo así, palabras textuales: 'lo voy a sancionar...' ".

"Y el empleado de una oficina contigua, don Gustavo Montoya Moncada, escuchó 'gritos' y palabras 'airadas y en tono muy elevado' (Fl. 30). El mismo declarante dijo haber oído 'el término de lacayo y la tercera frase 'usted no cumple con su deber', eso es lo único lo que puede citar textual" (Fl. 31).

"En cuanto al delito de falsedad en documentos públicos se sabe: según el señor Sergio Yepes Correa, citador del Juzgado Segundo de Instrucción Penal de Aduanas,

la señora Fiscal no se encontraba en su oficina en algunas ocasiones en que se apersonó con el ánimo de notificarle personalmente: "...fui como en cuatro oportunidades a notificarle el mismo auto, inclusive de dos expedientes, iba a diferentes horas, a las tres, cuatro o cinco de la tarde, siempre fui por la tarde, y el auxiliar me decía que la doctora no se encontraba en el despacho, en varias ocasiones me informó que había acabado de salir y que no sabía si regresaba...' " (Fl. 28 fte. y vto.).

"Sobre el particular dijo la señora fiscal que acostumbraba a trabajar en jornada continua para retirarse en horas de oficina".

"Jesús Antonio Alzate Ceballos, empleado del Juzgado Primero de Instrucción de Aduanas, declaró: '...me ocurrió una o dos veces por el hecho de no encontrarla a ella, una de ellas me manifestó el auxiliar que no se encontraba en ese momento y que no sabía para donde había salido, motivo éste por el cual me dijeron en el juzgado que dejara una constancia; la otra vez tampoco la encontré, me manifestó el secretario que se encontraba en un permiso, me parece que de tres a cuatro días, también se dejó la constancia en el expediente, lo que me había manifestado el auxiliar, por lo general cuando iba a notificar, si no se encontraba ella esperaba un poquitico más para procurar no entorpecer la labor y ella llegaba, después de la constancia del permiso iba a notificar o seguí a ir a notificar de once a doce y aún después porque se que ya se encuentra ahí y siempre la encontraba, nunca tuve problemas en las notificaciones con ella...' " (Fl. 103 vto.).

"El señor Fiscal Segundo Superior de Aduanas, doctor Helí Morales, 'vecino de oficina de la doctora Nelly Suescún', certificó: 'que ésta (la doctora Suescún de G.) cumple cabalmente la jornada laboral' ";

"Como es obvio, dada la naturaleza de su cargo, la aludida profesional se desplaza regularmente al despacho del cual es agente del Ministerio Público por cuya razón abandona en forma temporal la oficina que ocupa en el Edificio Escobar Saldarriaga, y

"Hasta donde llegan mis conocimientos, la conducta a que alude el primer punto de esta certificación no se interrumpe durante la media jornada sabatina" (Fl. 98).

"Pedro Nelson Zapata Arbeláez, Juez Sexto de Instrucción Criminal, quien laboró como auxiliar de la doctora Nelly Suescún, refiere que, 'en lo relacionado con el horario de trabajo, tal como le hacen en general todos los funcionarios, lo cumplía. Y cuando no estaba en tiempo, en horas al margen de las señaladas para la oficina, lo compensaba. Así, en múltiples oportunidades dejaba de concurrir a su hogar, al medio día, complementando su trabajo y en muchas otras, después de las seis de la tarde permanecía laborando...' " (Fl. 117).

"Y el señor Diego Alonso Zapata, también citador: Preguntado. ¿Tiene usted un determinado horario para hacer las notificaciones a las fiscalías superiores? Contestó. Sí lo tengo, desde que empecé en la rama siempre lo he tenido, cuando era citador del Juzgado Segundo Superior de Aduanas le hacía las notificaciones al doctor Helí Morales Cano, las cuales eran entre las tres y media y cinco de la tarde, ahora que estoy en el Juzgado Superior de Aduanas, el primero, estoy haciendo las notificacio-

nes en las horas de la mañana a solicitud que me hiciera la doctora Nelly Suescún de Gómez para lo cual yo no encuentro ningún inconveniente, la doctora no me fijó hora exacta, ella me dijo que prefería las notificaciones en la mañana a lo cual yo le respondí que no había ningún inconveniente. Preguntado. ¿Desde cuándo le está notificando a la doctora Nelly Suescún de Góez? Contestó. En este año a partir del primero de septiembre, en el año de 1981 le notifiqué durante dos meses, en los dos meses iniciales le notificaba a cualquier hora, porque uno era muy desorganizado empezando a trabajar en ésto. Preguntado. ¿Durante este año de septiembre en adelante ha tenido usted problemas para hacerle las notificaciones a la señora fiscal por no encontrarse ésta en el despacho? Contestó. Hasta el momento todas las notificaciones han sido dentro de los términos, siempre he encontrado a la doctora en su despacho..." (Fl. 106 fte. y vto.).

"En declaración indagatoria, la señora fiscal se refirió al altercado que motivó la Resolución No. 001 de 1984, por medio de la cual sancionó a su auxiliar Orozco G.: '...le pregunté al auxiliar por qué había dejado esas constancias, porque él no sabía si yo regresaría o no al despacho, él respondió en forma descortés y subido de tono que él no tenía por qué decir mentiras y que como yo no regresaba al despacho él no tenía por qué estar tapándome las faltas, yo le respondí que bajara el tono y que me respetara porque yo era su superiora y merecía respeto, él siguió discutiendo en tono alto y musitando algunas cosas que no entendí, yo le respondí que me hiciera el favor de callarse, que conmigo no discutiera...' (Fl. 52 vto.). Agregó que procedió a dictar la resolución amparada en las disposiciones legales, para el caso concreto al art. 198 del Decreto número 1660 de 1978, '...se hicieron los considerandos y se procedió a notificarle la resolución ya anotada, en la cual se le hizo saber que tenía derecho a interponer el recurso de reposición único procedente en estos casos, por lo cual entiendo que no se violó el derecho de defensa...' (*Ib.*). '...El derecho de defensa no se violó, pues fue oído antes de quedar ejecutoriada la resolución y cuando no se había cumplido ésta...' (Fl. 53). Dijo además que no había oído en explicaciones al auxiliar antes de proferir la resolución 'porque es que realmente ese inciso es muy confuso' (Fls. 53 vto.). Es más, 'se limitó hacer únicamente lo que la suscrita le mandaba hacer en relación con el despacho y ni siquiera el saludo me contestaba ni volvió hablarme nunca, entonces cómo pretende que deliberadamente rehusé a oirle explicaciones. ... 'Al cargo de falsedad documental replicó que llegaba a la oficina entre ocho y ocho y media de la mañana, porque no acostumbraba descansar en las horas del mediodía, ya que trabajaba en jornada continua. Y preguntada: ¿voluntariamente díganos si usted lo recuerda, los días veinte, veintiuno, veintidós y veintitrés de marzo de 1984, en las horas de la tarde estuvo usted al frente de su despacho atendiendo funciones propias de su cargo? Contestó. Sí, doctora y de ello hay prueba abundante, tanto testimonial como documental en este proceso de que me ausentaba de la fiscalía para realizar otra clase de diligencias relacionadas con mi trabajo como era reuniones de fiscales que se realizaban en la Procuraduría Segunda Regional o me trasladaba a los otros juzgados a quienes hago fiscalía, pues es de anotar que no solo soy fiscal del Juzgado Primero Superior de Aduanas sino en los tres juzgados de Instrucción del mismo ramo. Me acuerdo que me hice presente en el Juzgado Superior y en los de instrucción a recibir notificaciones, otra vez como ya se anotó fui a una reunión a la Procuraduría la que duró aproximadamente tres horas y media, cuya certificación está en el expediente..." (Fl. 187).

RAZONES DE LA DECISIÓN CONSULTADA

"Se sabe que la señora fiscal durante la jornada laboral se ausentaba del despacho por horas y aun dejaba de asistir la mañana del sábado, pero este hecho, sumado al cobro del sueldo mensual y a la certificación del trabajo continuo por parte de la funcionaria, sin excluir los minutos o las horas que estuvo fuera del Despacho, no enmarca en ninguno de los ilícitos contra la fe pública ni en el peculado. En el peor de los casos comprometería, si ello afecta la buena marcha de la oficina, la responsabilidad disciplinaria de la señora fiscal. Ello, porque la función del Ministerio Público no se contrae a la mera asistencia a la oficina. Entre otras funciones tiene la de rendir conceptos previos a algunas decisiones jurisdiccionales y hasta la vigilancia del despacho ante el cual labora, funciones que se pueden cumplir, la primera trabajando en su casa de habitación, la segunda visitando los despachos sometidos a su veeduría. Estas labores exigen el cuidado y la dedicación permanentes, aunque no su continua estadía dentro de su despacho. El expediente da cuenta del ritmo de trabajo de la funcionaria, que el señor Fiscal Primero de esta corporación calificó de "altamente satisfactorio, inclusive, para los funcionarios más diligentes" (Fl. 200).

CONCEPTO DE LA DELEGADA

La infracción penal por abuso de autoridad carece del grado jurisdiccional de la consulta, de conformidad con el art. 1° de la Ley 17 de 1975. Por ello solo se hará referencia a las imputaciones que, como constitutivas del ilícito contra la fe pública, se atribuyeron a la funcionaria Suescún de Góez.

"Concretamente el denunciante refirió que la doctora Nelly Suescún de Góez a lo sumo asistía a la mitad de la jornada laboral, ya que abandonaba definitivamente la oficina del Ministerio Público en las horas del mediodía o un poco después de las dos y treinta de la tarde.

"Igualmente aseveró que con excepción de los días 28 de enero y 24 de marzo de 1984, la funcionaria acusada jamás asistió los sábados a su trabajo, circunstancia que no le impedía el certificar mensualmente su correcta asistencia al Despacho, con el objeto de cobrar el salario correspondiente, cumplimiento que evidentemente no tenía real ocurrencia, pues su inasistencia resultaba además advertida por un variado número de personas, existiendo de otra parte algunas constancias de tal situación dentro de unos expedientes en donde inútilmente se intentó obtener, en su condición de representante del Ministerio Público, la notificación de una serie de providencias.

"De las diligencias de indagación preliminar puede deducirse sin dificultad alguna que la doctora Nelly Suescún de Góez es una funcionaria calificada y sobresaliente, que se ha destacado por la prontitud en el cumplimiento de su deber, así como por la calidad jurídica de sus conceptos, existiendo constancia de que en ocasiones abandona en las horas de la tarde su despacho, sin que tal situación se traduzca en el entorpecimiento de sus funciones, comoquiera que comunmente es vista laborando en las horas del mediodía, distinguiéndose por la observancia de los términos de la ley en la emisión de sus conceptos.

"Tal situación en criterio de esta Procuraduría Delegada no puede considerarse como constitutiva de un delito de falsedad ideológica o de peculado, por el hecho de

que la funcionaria para efectos de cobrar su salario mensual certifique el normal desempeño de sus funciones, ya que como acertadamente lo expresa el Tribunal de origen la función del Ministerio Público no se contrae únicamente al cumplimiento estricto del horario de trabajo, sino al cabal cumplimiento de todas las funciones establecidas por la Ley, y que se han acreditado dentro del presente caso, circunstancia que consecuencialmente permitía a la funcionaria denunciada, el certificar el normal desempeño de sus labores, para efectos de recibir el pago correspondiente".

Breves consideraciones de la Sala

Los hechos materia de la presente investigación, en contra de Nelly Suescún de Góez, en su condición de Fiscal Primera Superior de Aduanas, fueron denunciados por el Secretario de la misma, Horacio Orozco Granada, y aparecen bien sintetizadas, por la Corporación de origen, de la siguiente manera:

"a) Que sin causa suficiente y preteriendo trámites que le aseguraban el derecho de defensa, le impuso como sanción seis días de suspensión sin remuneración.

"b) Que certificaba y cobraba como si hubiera ella trabajado y cumplido 'el normal' desempeño de sus labores, incurriendo así en sucesivos actos de falsedad ideológica en documento público (art. 219 del C. Penal).

Los hechos a que alude el ordinal a), dicen referencia al tipo penal del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 152 del C.P.), el que, de conformidad con el art. 1° de la Ley 17 de 1975, carece del grado jurisdiccional de la consulta. Ello significa que la determinación asumida por el Tribunal Superior de Medellín sobre tal tópico, no puede ser objeto de estudio por parte de esta Corporación, con lo que las cosas quedan limitadas al evento plasmado en el ordinal b), imputaciones estas que, como constitutivas de ilícito contra la fe pública, se atribuyeron a la funcionaria acusada.

El *a-quo* resolvió, de acuerdo con su colaborador fiscal, sobreseer definitivamente a la sindicada. Y en verdad que se expusieron razones muy atendibles, dentro de un marco de rigurosa lógica e imparcialidad de criterio, para asumir la referida posición. Evidentemente, el proceso permitió establecer que la acusación fue más producto del rencor y la venganza, comoquiera que quedó asáz demostrado que la doctora Suescún de Góez es funcionaria eficiente, consagrada y honrada. Así lo pregona la Procuraduría Segunda Regional (Medellín) y de ello da igualmente prueba la diligencia de Inspección Judicial practicada a la Fiscalía Primera Superior de Aduanas. En ese sentido también hablan las certificaciones expedidas por varios jueces de la República. Es tal el ritmo de trabajo de la doctora Suescún de Góez que, el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, lo calificó de 'altamente satisfactorio, inclusive para los funcionarios más diligentes' ".

No se ve, entonces *cómo se puede estar en presencia de comportamiento delictivo (falsedad o peculado de que hablan los autos), cuando* dada la situación expuesta, *para efectos de la correspondiente remuneración económica, se certificaba el normal desempeño de las funciones, a no ser que absurdamente se entienda que un cumplimiento más satisfactorio de lo usual de las obligaciones a cargo, es el implicativo de falsedad o peculado.*

Ciertamente que la función del Ministerio Público no se contrae a la mera asistencia a la oficina, en estricto cumplimiento del horario de trabajo. Tiene él otras funciones, como la de rendir conceptos previos a algunas decisiones jurisdiccionales y la vigilancia de los despachos judiciales sometidos a su veeduría, siendo esta última, por su propia naturaleza, imposibilitante de la continua asistencia a la oficina. Ahora, es incuestionable que, cuanto en el fondo importa, es el cabal cumplimiento de todas las funciones establecidas por la Ley, cosa que, así quedó fehacientemente demostrado, fue precisamente lo que hizo la fiscal acusada.

Extraña el comportamiento del denunciante. Busca él presentarse como un dechado de virtud a quien sólo la verdad importa. Empero, calló la existencia de los presuntos hechos delictivos y únicamente vino a ponerlos en conocimiento de la autoridad cuando ya se había producido el incidente que le deparó una sanción disciplinaria. Por ello es acertado considerar, como lo hizo el fiscal del Tribunal, que otro muy distinto a la verdad (rencor y venganza, exactamente) fue el móvil que lo llevó a presentar su denuncia.

Es pues, incontrovertible que la conducta de la Fiscal Primero Superior de Aduanas, doctora Nelly Suescún de Góez, aquí investigada, no es constitutiva de infracción penal. Y, como esa fue la determinación asumida por el *a quo* en el proveído consultado y en fiel reconocimiento de la realidad procesal, se confirmará, como así también lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, CONFIRMA el auto consultado, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Lucas Quevedo Díaz
Secretario.

IDENTIFICACION
Ofendido

El error relativo al nombre o apellido del ofendido genera nulidad de orden procesal solo cuando se presta a dudas o confusiones, que hagan posible la vinculación de un extraño a la relación causal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta número 74.

Bogotá, D.E., seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Se ocupa la Sala de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado David Silva Vargas y su defensor contra la sentencia de 25 de noviembre de 1982, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al confirmar la dictada por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad el 29 de septiembre del mismo año, lo condenó a la pena principal de once (11) años de prisión, como responsable del delito de homicidio en la persona de Teódulo Dussán Suárez.

El recurso fue admitido y la demanda se encontró ajustada a las exigencias formales de ley (Fls. 2 y 35 del cuaderno de la Corte).

HECHOS

Aparece del expediente que el 10 de mayo de 1981 se celebraba en la Escuela de la vereda "San Gerardo", jurisdicción del municipio de Palermo, departamento del Huila, la fiesta de la madre con asistencia de varios campesinos de la región y que, concluido el acto, varios de ellos se dirigieron a casa del señor Querubín García, ubicada a poca distancia de la escuela, donde se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes.

Pasadas las seis de la tarde se suscitó una discusión entre Floro Vargas y Teódulo Dussán por una deuda de dinero, habiendo intervenido Adán Rojas quien retiró a

Vargas, momento que aprovechó David Silva Vargas para asestarle violenta cuchillada a Teódulo Dussán a la altura del sexto espacio intercostal derecho, la cual le seccionó la arteria pulmonar y le ocasionó la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de mayo del citado año, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Palermo abrió la correspondiente investigación, recepcionó los testimonios de las personas que se encontraban en casa de Querubín García y oyó en indagatoria al sindicado David Silva Vargas, capturado en la misma fecha en dicha población, y quien, designó como su apoderado y defensor para todo el proceso al mismo profesional del derecho que ahora recurre en casación.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el juzgado Primero Superior de Neiva, en auto de 29 de septiembre de 1981, llamó a responder en juicio al procesado por el delito de homicidio voluntario en la persona de "Teódulo Dussán Suárez, según hechos ocurridos el 10 de mayo de 1981 en la vereda El Tablón, jurisdicción de Palermo..." (Fls. 152 a 173 del cuaderno principal), pronunciamiento que fue apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Neiva, mediante proveído de 28 de noviembre del mencionado año (Fls. 5 a 18 del Cdno. 2), en el cual se identificó a la víctima del delito como Teódulo Dussán Vargas.

En la audiencia pública, la que se realizó el 14 de septiembre de 1982, fue sometido a consideración del Jurado de Conciencia el siguiente cuestionario:

"¿El acusado David Silva Vargas, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es culpable sí o no conforme los cargos deducidos en el auto de proceder, de haber ocasionado voluntaria e intencionalmente la muerte del ciudadano Teódulo Dussán Vargas, mediante una herida causada con arma corto-punzante a nivel del 6° espacio intercostal derecho, ocurriendo el deceso por anemia aguda al seccionarse arteria pulmonar y bronquio derecho, según hechos ocurridos el 10 de mayo de 1981, en la vereda El Tablón, jurisdicción de Palermo, de este distrito judicial?" (Fl. 56 del Cdno. No. 2).

Los jueces populares contestaron por unanimidad:

"Sí es culpable, pero teniendo en cuenta sus antecedentes penales y su comportamiento en comunidad, nos preguntamos: ¿padecerá anomalía síquica?".

La juez de la causa pidió explicación al jurado sobre "el agregado" y uno de sus integrantes, expresó:

"Eso le corresponde considerarlo al juez, si está o no está en los cabales, o al especialista en siquiatría, para nosotros puede estar afectado síquicamente y ese es nuestro interrogante. Por eso lo interrogamos, no lo afirmamos. Su manera de comportarse no creemos sea la de un hombre normal, de acuerdo con el sumario. Por lo demás, para nosotros es culpable, porque hay dos personas que le incriminan de frente, las demás personas pueden haber visto o no y no emiten sus conceptos. No afirmamos la existencia de una anomalía síquica, grave o leve, puede no haberla, por eso, repito, planteamos el interrogante, no lo afirmamos. Eso es todo" (Fls. 68 y 69 del Cdno. No. 2).

El juzgado del conocimiento acogiendo el veredicto como simplemente afirmativo de la culpabilidad del sindicado lo condenó a la pena principal de once (11) años de prisión como responsable "del delito de homicidio en la persona de Teódulo Dussán Suárez" (Fl. 90 *ibidem*); fallo apelado por el procesado y su defensor y confirmado por el Tribunal Superior de Neiva mediante el que es objeto del recurso de casación.

Ante dicha Corporación solicitó el defensor la nulidad del proceso a partir de la diligencia del sorteo de jurados por haberse incurrido en error relativo al lugar en que se cometió la infracción y al apellido del ofendido puesto que en el cuestionario propuesto a consideración del Jurado de Conciencia se le interrogó por el autor de la muerte de Teódulo Dussán Vargas, ocurrida en la vereda "El Tablón" del municipio de Palermo, cuando la verdad procesal enseña que el occiso respondía al nombre de Teódulo Dussán Suárez y que los hechos sucedieron en la vereda "San Gerardo". Igualmente, impetró la declaratoria de inexistencia del veredicto por ignorarse cuál fue la respuesta exacta del jurado frente al interrogante de una posible anomalía síquica, peticiones denegadas por el Tribunal en la sentencia impugnada.

La demanda

Con fundamento en las causales cuarta y tercera de casación se formulan varios cargos a la sentencia acusada, a saber:

Causal cuarta

Cargo primero.

Nulidad procesal por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al segundo apellido del ofendido (artículo 210, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal), toda vez que encontrándose plenamente establecido que la víctima del homicidio respondía al nombre de Teódulo Dussán Suárez, sin embargo, en el pliego de cargos proferidos por el Tribunal Superior de Neiva, confirmatorio del dictado por el Juzgado Primero Superior de ese Distrito, se cambió el segundo apellido del occiso haciéndolo aparecer como Teódulo Dussán Vargas, yerro que trascendió al cuestionario y al veredicto e incidió en la sentencia acusada por cuanto se condenó al procesado por la muerte de persona con apellidos que no corresponden a los de la verdadera víctima.

Se solicita en consecuencia la infirmación del fallo a partir del auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Neiva.

Cargo segundo.

Nulidad de carácter constitucional por inobservancia de una de las formas del debido proceso, reparo que el demandante fundamenta en las mismas argumentaciones del anterior y en la disparidad existente entre el pliego de cargos y el cuestionario respecto de la identidad del occiso, pues al paso que en aquél fue correctamente identificado por sus nombres y apellidos, en éste, se le cambió el apellido materno.

A este respecto dice:

"Al confrontar este cuestionario (se transcribe el texto) con el auto de proceder se llega a la conclusión de que tales piezas procesales, discrepan entre sí, porque mientras en el auto de vocación enjuiciatoria se identificó como Teódulo Dussán Suárez al sujeto pasivo de la infracción objeto de investigación, en el interrogatorio al Jurado de Conciencia, se identificó como Teódulo Dussán Vargas.

"Significa lo anterior que a los jueces populares se les preguntó por hechos no contemplados en el auto de proceder, como lo es la muerte de Teódulo Dussán Vargas, violando en esta forma el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal. Al desbordar el cuestionario el estricto campo del auto de enjuiciamiento, la sentencia resulta extraña al veredicto del Jurado pues condena por culpabilidad en muerte sobre la cual el Jurado de Conciencia no se pronunció. El Jurado contestó al interrogatorio que fue sometido a su consideración, haciendo referencia a la muerte de Teódulo Dussán Vargas, no se pronunció sobre la muerte de Teódulo Dussán Suárez. Sin embargo, el *adquem* condenó por la muerte de éste.

"No admite duda pues que el cuestionario fue redactado confusamente y no se preguntó en él por la culpabilidad del acusado en la muerte de Teódulo Dussán Suárez o su inocencia".

Solicita casar la sentencia y declarar la invalidez del proceso a partir de la diligencia de sorteo de jurados.

CAUSAL TERCERA

Cargo único.

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto inexistente –asimilado por la doctrina de la Corte al veredicto contradictorio, para efectos de la causal invocada–, inexistencia que el censor deduce de comparar la respuesta "sí es culpable" con la explicación suministrada por uno de los jurados, a petición de la juez, reparo que fundamenta en los siguientes términos:

"El Jurado de Conciencia calló sobre lo fundamental, sobre el grado de culpabilidad penal en cabeza de David Silva Vargas o sobre la inocencia del mismo. Pronunciamiento sobre responsabilidad penal brilla por su ausencia. Cuando el jurado dijo: 'Sí es culpable...' y explicó: 'porque hay dos personas que le incriminan de frente' (autoría material), se pronunció sobre la prueba de la imputabilidad o la prueba de la incriminación física, la que encontró completa, pero al no pronunciarse sobre el fenómeno de la culpabilidad, el veredicto es inexistente. El mismo cuerpo de jurados nos está mostrando la confusión que se le presentó con estos conceptos (culpabilidad y autoría material) que lo llevó a hacerlos sinónimos o equivalentes en su significación".

Luego agrega:

"Toda vez que el Jurado de Conciencia equiparó el 'Sí es culpable', al reconocimiento respecto de la 'autoría del hecho', al aspecto meramente fáctico o material; el veredicto emitido en este proceso resulta incompleto, por su incomprensión no se sabe cuál ha sido la respuesta del jurado sobre responsabilidad... Sustancialmente, el

veredicto no existió y la sentencia ha recaído sobre su presencia presunta en el proceso. El Jurado de Conciencia dijo que encontraba culpabilidad por el mero resultado objetivo material, atribuible según el mismo a David Silva Vargas, por mero nexo de causalidad material porque produjo el resultado. El honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva al aceptar los razonamientos anteriores (no haber tenido en cuenta la aclaración de uno de los jurados como parte integrante de la veredicción) penó a David Silva Vargas por el resultado material producido (muerte) y dedujo responsabilidad objetiva al procesado. Desconoció que el artículo 5° del Código Penal estatuye que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad y que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Afirma que el jurado no leyó el cuestionario en la parte en que se le preguntaba por la voluntariedad o intencionalidad del hecho imputado al sindicado entendiendo como "culpable" lo que era simplemente "causante", concluyendo que no existiendo pues, pronunciamiento sobre el interrogante del juzgado *a-quo* sobre 'si voluntaria e intencionalmente', en una palabra sobre responsabilidad penal subjetiva o culpabilidad, el cargo está llamado a prosperar".

Pide infirmar la sentencia para que se convoque nuevo jurado.

Respuesta del Ministerio Público y Consideraciones de la Corte

Causal cuarta

A manera de introducción es preciso advertir, como lo anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, que el demandante repite los mismos argumentos presentados ante el Tribunal sentenciador cuando sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria de primera instancia, los que fueron materia de amplio debate y rechazo por dicha Corporación.

Cargo primero.

El Procurador Delegado se opone a su prosperidad, basado en las siguientes consideraciones:

"El motivo de nulidad del artículo 210, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal, relativo al error del nombre o apellido de la persona del ofendido, tiene que ver con la identidad, es decir, que se susciten dudas sobre la persona, víctima de un homicidio, por ejemplo, y que permitan pensar que está viva. Las simples equivocaciones en los nombres o apellidos carecen de toda significación jurídica.

"En el caso en estudio no hay duda de que la víctima se llamaba Teódulo Dussán Suárez pues a él se refieren todos los testigos y el propio acusado y así aparece en el auto de proceder del Juzgado Primero Superior de Neiva (Fl. 172 del primer cuaderno), confirmado por el Tribunal Superior de esta ciudad (Fl. 18 del segundo cuaderno). Cuestión completamente intrascendente es la de que en la pregunta formulada al Jurado se haya mencionado como víctima a Teódulo Dussán Vargas, pues se trataba de aquella persona y a ella se refirió sin objeción alguna el defensor de Silva en la audiencia".

A las anteriores argumentaciones, de suyo suficientes para desestimar la tacha formulada a la sentencia, cabría agregar que *de conformidad con la tradicional doctrina de la Corte sobre el particular, el error relativo al nombre o apellido del ofendido, cometido en el auto de proceder, genera nulidad de orden procesal (artículo 210, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal (sólo cuando la individualización que se hace del sujeto pasivo del delito se presta, en razón del nombre y apellidos que se le atribuyen, a dudas o confusiones que hagan posible la vinculación de un extraño a la relación causal que debe existir entre víctima y victimario entorpeciendo la acción de la justicia y permitiendo, por vía de ejemplo, que una persona viva apareciera señalada como sujeto pasivo de homicidio, o que el sindicado respondiera por la muerte de persona diferente de aquella cuya vida suprimió.*

La simple equivocación en cuanto al segundo apellido del occiso, "Vargas" en lugar de "Suárez", contenida en el auto confirmatorio del de proceder y en el cuestionario que fue puesto a consideración del Jurado de Conciencia, resulta jurídicamente irrelevante si se tiene en cuenta que la identidad del interfecto por sus verdaderos nombres y apellidos aparece plenamente acreditada con la partida eclesiástica de nacimiento, el acta civil de defunción, las diligencias de levantamiento de cadáver y de necropsia (Fls. 2, 18 y 121 del Cdno. No. 1). Además, así lo identificaron su progenitora, sus hermanos, el sindicado y varios de los testigos presenciales, por lo cual la invalidez del proceso reclamada por el censor para que se corrija el yerro advertido, es a todas luces inconducente.

No prospera la impugnación.

Cargo segundo.

Es complemento del anterior y se sustenta en similares razonamientos, sólo que en esta oportunidad el impugnante, variando su original posición, acepta como correcta la identidad de la víctima hecha en el auto de proceder, entrando a argüir disparidad o incongruencia de dicho auto con el cuestionario propuesto a consideración del jurado, por haberse cambiado el segundo apellido del ofendido, argumentación que resulta contradictoria.

Si a lo dicho se agrega que el cuestionario por el cual se interrogó al jurado respecto de la culpabilidad del sindicado en la muerte de Teódulo Dussán contiene en esencia los elementos estructurales del tipo básico de homicidio por el que fue llamado a responder en juicio, hay que aceptar que, no obstante sus posibles defectos, no es dable alegar imprecisión o confusión en su texto. Tan evidente es esto, que en el plenario nadie se llamó a equívoco por la forma como fue redactado, pues todos entendieron que el llamamiento a juicio del acusado se concretaba al hecho de haber dado muerte al joven Teódulo Dussán Suárez. La defensa, representada por el mismo profesional ahora recurrente en casación, no pidió aclaración ni lo protestó por incorrecta elaboración.

Salvo la equivocada referencia al segundo apellido del occiso, jurídicamente irrelevante, pues no hay duda razonable en cuanto a su identidad física como ya se dijo, la claridad y alcance de los términos con que fue redactado el cuestionario no permiten predicar respecto de él equívocos o confusiones.

El yerro puesto de presente por el demandante no trascendió a la sentencia. Basta leer los fallos de instancia para concluir que fue corregido mediante la correcta individualización del interfecto por sus verdaderos nombre y apellidos.

La presunta discrepancia o desarmonía entre el auto de proceder y el cuestionario es más aparente que real puesto que no tuvo incidencia en las conclusiones del fallo de condena, no desconoció ninguna de las formas del debido proceso por jurados, ni afectó o conculcó el derecho de defensa del procesado.

No prospera la objeción.

CAUSAL TERCERA

Cargo único.

La pretendida inexistencia del veredicto emitido en esta causa se basa en la falsa premisa de considerar como parte integrante del mismo, la respuesta aislada de uno de los jurados, dada a manera de aclaración o explicación del interrogante planteado por ellos como agregado a la categórica afirmación de culpabilidad del procesado, siendo que el silencio de los otros miembros del Tribunal Popular no puede tenerse como asentimiento a dicha respuesta, respecto de la cual, además, no hubo deliberación colectiva y en privado por parte de los jueces de hecho, ni la aclaración se tomó siquiera por mayoría de votos (artículo 536 del C. de P.P.).

Desde otro punto de vista se plantea también su inexistencia porque la respuesta del *Juri* "sí es culpable", equivale al reconocimiento de la autoría material del hecho en cabeza del sindicado, pero no al grado de culpabilidad en el mismo ni a la responsabilidad penal subjetiva, aspecto éste que brilló por su ausencia.

A dicho planteamiento se replica que la expresa y categórica afirmación de culpabilidad del procesado en el delito imputado cobija todos los hechos y circunstancias consignados en el cuestionario, pieza en la que se interrogó al jurado por la responsabilidad que le cabría a David Silva Vargas por "haber ocasionado voluntaria e intencionalmente la muerte del ciudadano Teódulo Dussán..., mediante una herida causada con arma corto-punzante a nivel del sexto espacio intercostal derecho...", pregunta que describe gráficamente el elemento subjetivo del delito de homicidio traducido en el conocimiento del hecho punible y la conciencia y voluntad de su realización.

El cuestionario, redactado en términos claros y sencillos, consigna tanto el elemento objetivo o material de la conducta imputada (hecho físico de la muerte), como el aspecto subjetivo de aquélla (intención o propósito de matar a otro), constitutivo de dolo. La respuesta rotunda: "sí es culpable", que necesariamente está vinculada al resto de la redacción del cuestionario, traduce la afirmación categórica de una responsabilidad a título de culpabilidad dolosa.

Por manera que no se advierte cómo pueda predicarse razonablemente que la pregunta es incompleta o que los Jueces de Conciencia no se pronunciaron sobre la responsabilidad del procesado, por no haber sido interrogados sobre este aspecto.

Además, como se desprende del texto del acta de la audiencia pública, ninguna de las partes que en ella intervinieron tuvo el menor asomo de duda en cuanto a que

David Silva Vargas estaba respondiendo ante sus jueces por un homicidio intencional o de propósito.

A este respecto, la respuesta que demandó el fiscal en relación con el cuestionario fue: "sí es culpable". La de la defensa fue: "No es responsable", bien porque se presentan dudas, o por falta de pruebas (Fls. 60 y 68 del Cdno. No. 2).

El interrogante en cuanto a una posible situación de inimputabilidad que agregaron los jurados a su respuesta, no pasa de ser eso, aparte de que el tema no aparece ni siquiera sugerido en el debate realizado en la vista pública, ni tiene respaldo atendible en el proceso, pues fuera de las manifestaciones del sindicado en su indagatoria, referentes a que una tía suya ha sufrido de locura y que cuando ocurrieron los hechos le dieron a él un botellazo en la frente que le hizo perder los sentidos (Fl. 10 y vto. del Cdno. No. 1), ningún otro elemento probatorio permite pensar en un estado de insanidad mental en el sindicado, ni nadie planteó esa hipótesis.

Por tanto, no tiene incidencia jurídica sobre la concluyente afirmación de responsabilidad que ellos dieron al cuestionario, y con la cual, de otra parte, acogieron la propuesta del fiscal y desestimaron la del defensor.

Tampoco prospera la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Carlos Upegui Zapata, Conjuez, *Darío Velásquez Gaviria.*

José H. Velásquez Ramos
Secretario.

EXTRADICION
Identidad del reclamado

En materia de identidad del individuo solicitado en extradición, son exigentes la legislación colombiana y el Tratado suscrito con Estados Unidos.

En concepto del 19 de junio de 1985, la Corte se pronunció en el mismo sentido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta No. 75.

Bogotá, D.E., trece (13) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por medio de la nota verbal No. 445 de 6 de julio de 1984 solicitó el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica al de Colombia, por intermedio de su Embajada en Bogotá, esto es, por vía diplomática, la extradición del ciudadano colombiano señor Armando de Jesús Vélez Gómez, a quien adelantan proceso penal las autoridades jurisdiccionales de aquella nación.

La División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia remitió al Ministerio de Justicia dicha petición y la documentación acompañada, e indicó que en el caso presente debe procederse de acuerdo con el Tratado de Extradición suscrito el 14 de septiembre de 1979 entre los Estados Unidos de América y Colombia, el cual fue aprobado por la Ley 27 de 1980, artículo 743 del C. de P.P. (Fl. 1 del Cdno. No. 1).

A su vez el Ministerio de Justicia envió a la Corte el expediente para que emita el concepto que en estos casos le ordena la ley (arts. 735 y 746 *ibidem*, Fl. 1 del Cdno. No. 2).

De conformidad con la tramitación correspondiente a un incidente, que es la que viene dándosele a esta clase de solicitudes, se le corrió traslado de ella a Armando

de Jesús Vélez Gómez y se dispuso que se le notificara en forma personal (arts. 755 del C. de P.P. y 135 y 137 del C. de P.C. Fl. 2 del Cdno. No. 1).

Por cuanto no fue posible su localización se le emplazó en legal forma y, al no comparecer tampoco, se le declaró reclamado ausente y se le designó apoderado de oficio, a quien, una vez posesionado, se le hizo la notificación personal del auto que dispuso el traslado de la solicitud de extradición de Vélez Gómez. El apoderado no pidió que se practicaron pruebas ni presentó alegaciones (Fls. 3 a 17 del Cdno. No. 2).

Con el fin de allegar otros elementos de valoración sobre la identidad de Armando de Jesús Vélez Gómez, el magistrado Sustanciador decretó, de manera oficiosa, la práctica de las siguientes pruebas:

1ª "Solicítase a la Registraduría Nacional del Estado Civil copia auténtica de la cédula de ciudadanía que le haya sido expedida al ciudadano colombiano Armando de Jesús Vélez Gómez, nacido, al parecer, el 16 de julio de 1955 en la ciudad de Medellín, así como de la tarjeta decadactilar y de los documentos que hubiese presentado para su expedición.

2. "Solicítase al Ministerio de Relaciones Exteriores copia del pasaporte que se le haya expedido al ciudadano colombiano Armando de Jesús Vélez Gómez, así como de los documentos que éste hubiese presentado para su expedición" (Fl. 18 del Cdno. de la Corte).

El Ministerio de Relaciones Exteriores informó que, revisados los archivos correspondientes a Bogotá durante los años de 1976 a 1985 no apareció registrado Vélez Gómez como titular de pasaporte expedido por esa dependencia (Fl. 21 *ibidem*).

La Registraduría Nacional del Estado Civil hizo saber a la Corte que en el archivo alfabético que se lleva en esa oficina no se encontró constancia de habérsele expedido cédula de ciudadanía a Armando de Jesús Vélez Gómez (Fl. 22 *ibidem*).

Contra Armando de Jesús Vélez Gómez y otras personas dictó la Corte Distrital de los Estados Unidos de Norteamérica para el Distrito Sur de Florida (Miami) el auto de acusación No. 82-563-CR-EBD de 13 de octubre de 1982, en el cual le formuló el cargo de asociación para poseer una sustancia controlada –cocaína– (Título 21, Sección 812, Lista II, numeral 4º del Código de los Estados Unidos), con intención de distribuirla, y el de efectiva posesión de cantidades de esa sustancia con la misma intención o propósito. Todo en violación del Título 21, secciones 841 (a) (1) y 846 y del Título 18, sección 2 del mismo código, y según hechos ocurridos entre el 6 de agosto de 1982 y fecha aproximada al 13 de octubre de ese año en los Condados de Dade y Broward del Distrito Sur de Florida (Fls. 67 a 70 del Cdno. No. 1).

Ese auto de acusación, del cual se acompañó copia en debida forma, se asimila al auto de proceder de la legislación procesal colombiana, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, pues en ambos, y en esencia, se formula al procesado el cargo o cargos concretos por los cuales debe responder ante la justicia.

Las conductas punibles que se le atribuyen al señor Armando de Jesús Vélez Gómez (asociación para poseer cocaína y efectiva posesión de determinadas cantida-

des de esa sustancia controlada), encuentran equivalencia en figuras delictivas de la legislación penal colombiana, tales como el concierto para delinquir y el tráfico de estupefacientes (arts. 186 del Código Penal y 38 del Decreto número 1188 de 1974).

Es más, ante la dificultad para establecer una absoluta identidad jurídica entre la asociación para delinquir (hoy concierto para delinquir) de la legislación colombiana y la conspiración prevista en la ley norteamericana, el Tratado establece, en su artículo 2°, numeral 4°, literal a) la necesaria relación entre ellos para hacer viable el requisito de la doble incriminación, cuando la solicitud de extradición se apoya en la comisión de este tipo de infracciones.

Tanto en la legislación del país requirente como en la del requerido esos delitos se sancionan con pena privativa de la libertad superior a un año de prisión. Así se desprende las normas citadas de las leyes colombianas y de los textos legales aportados por el Estado solicitante, como también en este último caso, del testimonio juramentado de Michel B. Cohen, fiscal asistente de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida (Fls. 45 a 56 y 59 a 66 del Cdno. No. 1).

Se cumple así otro de los requisitos exigidos por el Tratado en su artículo 2°, numeral 3°.

De los testimonios juramentados de Manny Marín, Agente Especial de la Agencia para Control de Drogas (DEA) y Felipe Calderón, individuo particular quien trabajó para ese mismo organismo, se colige razonablemente la autoría de los hechos que se predican de la persona solicitada en extradición, presupuesto que, entre otros, exige el Tratado en su artículo 9°, numeral 3°, literal c).

Por estos aspectos no existiría, por tanto, dificultad para considerar la posibilidad de un pronunciamiento favorable respecto de la petición de extradición que se estudia, pues además los delitos por los cuales se solicita la entrega de Vélez Gómez, no son de carácter político, ni de naturaleza militar, ni están afectados por el fenómeno de la prescripción (Fl. 47 del Cdno. No. 1), ni hay constancia de que hayan sido objeto de juzgamiento y condena en Colombia, ni están sancionados con pena de muerte en el Estado solicitante, y son de los que figuran en la lista de los que, según el Tratado, prestan fundamento para una extradición. Además, los textos de las disposiciones legales y demás documentos que acompañan la solicitud fueron vertidos al idioma español por traductor oficial (arts. 2°, 4°, 6°, 7°, 9°, numeral 5° y apéndice del convenio, Fls. 7 y 81 del Cdno. No. 1).

No ocurre lo mismo con el punto atinente a la identidad de la persona reclamada, pues aunque es cierto que los testigos Many Marín y Felipe Calderón aluden a Armando de Jesús Vélez Gómez como nacido en Colombia en 1955, de cabellos negros y ojos color café, de cinco pies-diez pulgadas de estatura y 145 libras de peso y en la nota verbal por medio de la cual se pidió su extradición se agrega que pertenece a la raza blanca, tiene pronunciadas entradas en la frente, usa bigote y tiene una protuberante manzana de Adán (Fls. 5, 7, 74 y 79 del Cdno. No. 1), *no es lo menos que no se aportó documento o prueba objetiva que acreditara su identificación, como copia de su cédula de ciudadanía, o de su pasaporte, o alguna fotografía suya, ni hay constancia de que hubiese sido reconocido por los declarantes con base en uno de tales medios identificatorios.*

Puede ser que las autoridades norteamericanas lo tengan debidamente identificado mediante pruebas como las que acaban de ser mencionadas, pero lo cierto es que no fueron acompañadas a la documentación que respalda la petición de extradición.

Para llenar ese vacío se ordenó, de manera oficiosa, allegar al expediente copia de la cédula y del pasaporte de Armando de Jesús Vélez Gómez, pero, como se anotó ya, los resultados fueron negativos, pues no existe constancia de haber sido expedidos tales documentos a nombre de esa persona.

En tales condiciones, *hasta la calidad misma de nacional colombiano de dicha persona ha quedado en duda, pues los citados documentos, aunque no constituyen el único medio para establecerla, sí son de capital importancia para ese cometido.*

A lo anterior se agrega la circunstancia de no haber sido posible localizar a Armando de Jesús Vélez Gómez en territorio colombiano, lo cual no permite confrontar con los suyos los rasgos físicos que contiene la documentación del Estado requirente, para poder, por ese modo, tratar de establecer la necesaria identidad física entre él y la persona solicitada por las autoridades americanas.

En materia de identidiad del individuo pedido en extradición son exigentes en grado sumo tanto la legislación colombiana como el propio Tratado.

En efecto, el Código de Procedimiento Penal establece como uno de los derechos fundamentales del extraditando, el que se le permita comprobar que no es la persona reclamada (artículo 755).

Y el Tratado suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América exige que se acompañe a la petición de extradición los documentos, declaraciones u otras pruebas que identifiquen a la persona reclamada y el lugar donde probablemente se encuentra y las pruebas fehacientes de que ella es la misma a que se refiere el auto de proceder o su equivalente (literales a) y b) de los numerales 2° y 3° del artículo 9°).

En pasada oportunidad y frente a un caso similar, dijo la Sala, al comentar tales disposiciones, lo siguiente, que tiene validez también para el presente:

"Es comprensible el interés de las partes contratantes, expresado en las citadas normas, para exigir la razonable identificación de la persona a quien se pide en extradición, pues si ella es el sujeto de la misma y de la investigación que se adelante en el Estado requirente, lo menos a que tiene derecho es a que no se vaya a cometer una equivocación altamente perjudicial para ella, que resultaría de su entrega sin que estuviese fehacientemente comprobado que es la misma persona a quien requiere el país que pretende juzgarla. Pudiera decirse que ese es el obligado punto de partida en un incidente de esta naturaleza y el supuesto necesario de una determinación de entrega" (concepto de 19 de junio de 1985 emitido en relación con la solicitud de extradición de Juan Gómez).

Como los elementos de valoración que conforman el expediente no permiten sostener sin asomo de duda razonable cuál es el Armando de Jesús Vélez Gómez que el Gobierno de los Estados Unidos de América reclama para su juzgamiento en ese país, el pronunciamiento que tiene que hacerse respecto de ese pedimento habrá de ser negativo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conceptúa desfavorablemente sobre la petición de extradición del ciudadano Armando de Jesús Vélez Gómez.

Cópiese y remítase junto con la actuación al Ministerio de Justicia.

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

Jose H. Velásquez Ramos
Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El juez al dictar sentencia de primera, segunda o única instancia, puede negar al procesado el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, cuando según su criterio requiere tratamiento penitenciario, porque el Decreto número 1853 de 1985 no modificó ni podía modificar el artículo 68 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 076.

Bogotá, D.E., catorce (14) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El defensor de oficio del reo ausente Carlos Arturo Gómez Guevara solicita el beneficio de excarcelación a su patrocinado por reunir los requisitos legales para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional por cuanto el motivo que tuvieron los juzgadores de instancia para excluirlo del subrogado mencionado radica en el "necesario tratamiento penitenciario", siendo aplicable en este momento lo previsto en el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha emitido concepto favorable a la petición de excarcelación ya que "si bien es cierto que en la sentencia condenatoria de primera instancia, se consideró que el procesado no era acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, porque al valorar los factores subjetivos se concluyó que requería tratamiento penitenciario, también lo es, que como la sentencia condenatoria no está en firme y por aplicación del principio de favorabilidad, actualmente el beneficio de la libertad provisional no se le puede negar bajo el pretexto de este diagnóstico, bastando solamente la concurrencia de los factores objetivos exigidos por la norma, esto es, que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, requisitos que se reúnen a cabalidad en el caso de estudio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985 prescribe que "la excarcelación prevista en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

Por su parte el artículo 44, numeral 3 de la ley citada consagra como motivo para otorgar el beneficio de libertad provisional "cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia".

Finalmente, el artículo 68 del Código Penal faculta al juez para suspender la ejecución de la sentencia siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1° Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.

2° Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

El Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá mediante providencia de 4 de agosto de 1983, llamó a responder en juicio criminal a los procesados Carlos Arturo Gómez Guevara y Carlos Arturo Benavidez Ramírez por el delito de concusión por hechos a ellos atribuidos cuando se desempeñaban como agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, División de Extranjería (8 de mayo de 1980). En la misma providencia, les fue negado en beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 5° del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, pues el funcionario consideró que los procesados no eran acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional por la naturaleza y modalidades del hecho punible, los cuales revisten gravedad suficiente para predicar el necesario tratamiento penitenciario.

En providencia de 25 de enero de 1984 el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en todas sus partes la providencia recurrida por el defensor de los procesados.

El 11 de abril de 1984 el Juez de Primera Instancia dictó sentencia de condena contra los acusados y les impuso como sanción catorce (14) meses de prisión como pena principal y además negó a los condenados el subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal por las razones expuestas en el auto de proceder.

La anterior decisión fue igualmente confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia de 9 de julio del mismo año, ratificando la negativa de conceder a los procesados la condena de ejecución condicional.

El Congreso de la República mediante la Ley 52 de 1984, revistió al Ejecutivo de facultades extraordinarias (ordinal 12 del artículo 72 de la Carta) para "1° Elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones, sobre las siguientes precisas y específicas bases: a)... b) Reglamentación de la captura, detención y libertad provisional, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, sin desproteger los intereses de la sociedad, particularmente en relación con los delitos más graves, para los cuales no podrá haber excarcelación".

En ejercicio de esa precisa y específica facultad, *se expidió el Decreto número 1853 de 1985 por medio del cual se reglamenta la captura del sindicado, la definición*

de su situación jurídica, las medidas de aseguramiento, la detención preventiva y la excarcelación del procesado.

La Ley 2ª de 1984 en su artículo 44, que modificó el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 3° consagró como motivo de excarcelación la presencia de los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia.

Frente al Decreto número 1853 de 1985, en verdad el juez, durante el curso del proceso, no puede negar el beneficio de libertad provisional, salvo las excepciones contempladas en los artículos 16 y 17, inciso segundo, del mismo estatuto, al procesado que se encuentra detenido provisionalmente por delitos cuya sanción es la de arresto o que no excedan de tres (3) años de prisión, so pretexto de que requiere tratamiento penitenciario.

No ocurre lo mismo respecto del procesado que ha sido declarado responsable del delito que se le imputa, en sentencia de primera, segunda o única instancia, por cuanto el artículo 68 del Código Penal no fue ni podía ser modificado por el Decreto número 1853 de 1985, siendo válida, la negativa de la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional cuando, a criterio del juzgador, por la naturaleza y modalidades del hecho punible y la personalidad del condenado, se requiere tratamiento penitenciario.

Conclúyese que el juez al momento de dictar sentencia puede negar al condenado el otorgamiento de la condena de ejecución condicional si considera que la personalidad del reo y la naturaleza y modalidades del hecho punible hacen necesario el tratamiento penitenciario.

En el caso concreto Carlos Arturo Gómez Guevara fue hallado responsable del delito de concusión y condenado a la pena principal de catorce (14) meses de prisión de los cuales ha descontado únicamente doce (12) días, pues, una vez resuelta su situación jurídica por el instructor, desapareció del lugar de residencia y, según lo manifiesta su propio defensor, "se encuentra en la actualidad huyendo...". Además, la sentencia de segundo grado, que confirmó la dictada por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, se halla recurrida en casación y sería esa la única oportunidad de modificar la situación jurídica resuelta en la sentencia.

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NIEGUE al procesado ausente Carlos Arturo Gómez Guevara el beneficio de libertad provisional invocado por su defensor de oficio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

REVISION - RECURSO

Es un medio de impugnación de carácter excepcional, que busca demostrar cómo la verdad procesal declarada en la sentencia no coincide con la verdad material o real del hecho punible y de su autor. Esa concepción del recurso se revela con mayor acierto en la causal quinta (art. 584-5 del C.P.P.) y por esa razón se considera como un compendio de las otras.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta No. 75.

Bogotá, trece (13) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El Juzgado Primero Penal Municipal de Quimbaya (Quindío) por sentencia del 13 de agosto de 1982 condenó a la pena de un (1) año de prisión y a las accesorias de rigor a Juan José Cardona Carrillo como autor responsable del delito de estafa en perjuicio de Leonel Arias Hurtado.

Por vía de consulta, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia, confirmó el 29 de septiembre de 1982 la resolución anterior.

Contra esta sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada se interpuso recurso extraordinario de revisión que luego de tramitado corresponde decidir en esta oportunidad.

HECHOS

Quedaron resumidos en el fallo revisado de la siguiente manera:

"...La acusación lanzada en contra de Cardona Carrillo, por Arias Hurtado, de haberle girado un cheque al día, en pago de un saldo de calzado para dama que le vendió, por la suma de veinte mil ($20.000.00) pesos, obtuvo pleno respaldo procesal, con la certificación del Banco de Bogotá de Quimbaya (Fl. 4 Fte.) en la que se dice, que la cuenta corriente, en la cual se giró el instrumento, fue abierta por el

procesado Cardona Carrillo, y que la misma, se le canceló por mal manejo el 20 de marzo de 1981, decisión que se le comunicó mediante carta de la misma fecha, exigiéndose a la vez "la devolución de la chequera en uso a fin de anularla".

"Aprecia el despacho, que el procesado Cardona Carrillo, hizo caso omiso al requerimiento de la entidad bancaria, y a sabiendas de dicha cancelación, giró al día siguiente –marzo 21 de 1981–, el cheque de que tratan las diligencias, en favor del ofendido Arias Hurtado...".

La demanda

Al amparo de la causal quinta de revisión (art. 584-5 del C. de P.P.) se demanda la invalidación de la sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada por haber aparecido después de la condena hechos nuevos y pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que en concepto del recurrente establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado Juan José Cardona Carrillo.

La pretensión la fundamenta en estos términos:

"...Resulta, honorable Magistrado, que mi representado canceló al ofendido, Leonel Arias Hurtado, el valor del cheque y lo indemnizó el 15 de diciembre de 1981, como se podrá comprobar con los elementos probatorios que vincularé a esta demanda de revisión de la sentencia. El ofendido fue ampliamente resarcido de sus perjuicios económicos y morales.

"Ciertamentamente, Juan José Cardona Carrillo, cumplió con su promesa al doctor Guillermo Montoya y a sus familiares, cuando optó por viajar en el mes de abril de 1981, a la ciudad de Nueva York. Con el producido de su trabajo, fue enviado dinero a sus familiares y, por intermedio de su hermano, Jesús Antonio Cardona Carrillo, identificado con la cédula de ciudadanía número 7521691 de Armenia, fue cancelando varias obligaciones y recogiendo algunos cheques posdatados, entre los cuales se encontraban los girados al señor Leonel Arias Hurtado.

"El quince (15) de diciembre de 1981, como ya se ha explicado, el joven Jesús Antonio Cardona Carrillo, hermano del sindicado Juan José, se trasladó a la ciudad de Cali y entregó al señor Leonel Arias Hurtado, la suma de treinta y nueve mil pesos moneda corriente ($39.000.00), para cancelarle la deuda a su familiar, representada en dos cheques del Banco de Bogotá, sucursal de Quimbaya: uno de $20.000.00; y el otro, también por una suma de $19.000.00, exactamente de $18.800.00. El señor Arias Hurtado recibió este dinero, además de diez mil pesos adicionales, como indemnización, de lo cual no se hizo recibo. Se suscribió por el acreedor Arias Hurtado, un recibo por la suma de treinta y nueve mil pesos moneda corriente ($39.000.00).

"Este documento le fue entregado al joven hermano del sindicado, quien regresó a la ciudad de Armenia y lo guardó, sin preocuparse más por el asunto de los cheques 'del proveedor de zapatos para el Almacén Americano' que tuvo en Quimbaya Juan José Cardona Carrillo. Si acaso hubiese sabido de que el denuncio seguía adelante o se hubiera profundizado más sobre el asunto, en sus aspectos legales, otra habría sido la actuación de Jesús Antonio frente a las dificultades que se le venía a Juan José cuando regresara al país. Ni siquiera el ofendido, tuvo interés

alguno por el problema judicial que él mismo había creado en el Juzgado Primero Penal Municipal de Quimbaya. Al recibir el dinero, se dio por satisfecho y no consideró que estaba obligado a informar al Juzgado en el cual se tramitaba el denuncio...".

En respaldo de todas estas afirmaciones se presentaron las pruebas del caso y se ratificaron a su debido tiempo.

Posteriormente, en alegato apreciatorio reitera:

"...Nos encontramos, en este momento, ante las circunstancias del art. 587 del C. de P.P. En razón de ello, ratifico los fundamentos de mi alegato inicial, en el cual expliqué a la honorable Sala Penal, el por qué venía ante la Corporación, a plantear el Recurso Extraordinario de Revisión. Estos argumentos se han confirmado, en la etapa de pruebas; han encontrado asidero legal y son incontrovertibles a las aspiraciones de mi cliente.

"En razón a las probanzas consolidadas, se encontró efectivamente, que las condiciones del ordinal 5° del art. 584 del Código de P.P., se dieron perfectamente en este caso. Después de la condena que se hizo del ciudadano Juan José Cardona Carrillo, por parte del Juzgado 1° Penal Municipal de Quimbaya, confirmado por el 4° Penal del Circuito de Armenia, aparecieron hechos nuevos y se presentaron pruebas que no fueron conocidas al tiempo del debate procesal, estableciéndose así la inocencia del condenado que represento...".

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se niegue la revisión impetrada.

Al respecto, advierte:

"...El apoderado de Cardona Carrillo ha presentado elementos de convicción que demuestran a plenitud el pago del capital, los intereses y los daños causados con la infracción. El señor Arias Hurtado recibió $39.000 por estos conceptos de parte de un hermano del condenado.

"Esta conducta posterior al delito en nada desvirtúa la prueba en que se fundó la sentencia condenatoria por estafa. En el proceso original se estableció que Juan José Cardona giró el 21 de marzo de 1981 un cheque por $20.000 sin figurar saldo a su favor en la fecha (Fl. 4), a más de que el día inmediatamente anterior se le había cancelado la cuenta (Fl. 44).

"Las pruebas aportadas en la revisión demuestran que Cardona pagó a Leonel Arias el valor del cheque y los perjuicios ocasionados por el ilícito. Es claro entonces que este comportamiento en nada afecta el delito contra el patrimonio por el cual se le condenó. A riesgo de abundar se recuerda que conforme al artículo 374 del Código Penal vigente, la reparación del daño antes de dictarse sentencia de primera instancia sólo da lugar a la disminución de la pena...".

SE CONSIDERA

1. *Para la ley procesal penal colombiana la revisión es un recurso extraordinario que dadas sus causales, de no muy frecuente ocurrencia, resulta ser un medio de impugnación de carácter excepcional. Más se destaca esta apreciación cuando se advierte que va dirigido contra la cosa juzgada como expresión de la verdad que revela el proceso, esto es, contra la sentencia definitiva, con el objeto de demostrar que esa verdad procesal o formal allí declarada no coincide con la verdad material o real del hecho punible y de su autor, en el espacio y tiempo históricos de su naturalístico acaecer. Falta de identidad que pone de relieve la inocencia del condenado y que obliga al Estado a quitarle toda la protección debida a su propia verdad para dar paso a la justicia real mediante la revisión de la causa en un juicio de reenvío.*

Siguiendo con absoluta fidelidad esta orientación, el legislador ha establecido en todas las causales de revisión el predominio de la realidad sobre lo que procesalmente se hubiere demostrado, siempre y cuando conduzca a poner de resalto la inocencia del condenado. Esta teleología jurídica es la que une, sustenta y justifica las causales del recurso y la que le ha permitido conformar, por tal modo, un cuerpo normativo con unidad conceptual inescindible.

Entonces, lo que importa en la revisión y lo que se tiene que probar en ella, es que otra, generalmente opuesta, fue la realidad de los hechos materia del juzgamiento y que, por lo tanto, la injusticia de la sentencia en cuanto condena a un inocente queda al descubierto bajo el cristal transparente de la verdad verdadera.

2. *Se ha dicho, tal vez con mucho acierto, que la causal quinta (art. 584-5 del C. de P.P.) es la que más revela esta concepción del recurso y que, por esa razón, no es incompatible con ninguna de las otras ya que todas requieren que aparezcan después de la condena hechos o pruebas demostrativos de la inocencia del procesado. Es pues, esta causal, compendio de las otras; sinembargo, conserva su propia y peculiar morfología puesto que, a diferencia de las demás, no demanda su comprobación plena, basta que los hechos nuevos o las pruebas no conocidas al tiempo de los debates "...constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad...". Es decir, que logrado ese grado probatorio, la Corte debe ordenar la revisión del proceso.*

La otra diferencia específica la establece el empleo de la expresión "irresponsabilidad", lo que viene a significar que esta causal no solo exije la inocencia en sentido absoluto sino que la admite también como concepto normativo, o sea, la que deviene por vía de causación jurídica al concurrir circunstancias excluyentes de la antijuricidad o de la culpabilidad consagradas por la ley.

3. En el presente caso, no obstante que se aduce la causal quinta, el demandante no acertó en su prospección, pues simplemente acreditó que el condenado reparó el daño y los perjuicios ocasionados con el delito de estafa.

La falta de entendimiento de la causal lo llevó a hacer un manejo equivocado de la misma, probando una circunstancia que solo podría implicar una rebaja de la pena, pero que en ningún evento conduciría a una declaración de inocencia o de irresponsabilidad como ella lo demanda.

En consecuencia, no habiéndose demostrado el cargo, la revisión impetrada no puede 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, NIEGA el recurso de revisión de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen.

Tarsicio Roldán Palacios, Conjuez, *Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

PREVARICATO

No incurre en prevaricato el funcionario que condiciona la expedición de una orden de captura a las necesidades de la investigación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta No. 76.

Bogotá, agosto catorce (14) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Por apelación, revisa la Corte la providencia de abril 18 del presente año, en cuyo texto el Tribunal Superior de Barranquilla se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Oscar Contreras Amarís, Juez 14 de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial, quien, por algunas de sus actuaciones como tal, fuera denunciado por el delito de "prevaricato".

La Procuraduría 2ª Delegada en lo Penal solicita la revocatoria del auto impugnado y consecuencialmente la apertura de la investigación.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1. El acusado se desempeñaba como Juez 14 de Instrucción Criminal para la época de los hechos, según lo demuestra la documentación traída al expediente (Fls. 11 ss.).

2. En octubre 8 del año inmediatamente anterior, la señora Maritza Agustín Bravo, formuló denuncia contra Luis Enrique Ortiz (o Enrique Bocanegra Montealegre) y Orlando Bocanegra, por los delitos de "falsedad en documentos, extorsión, estafa y supresión, alteración o suposición del estado civil" (Fl. 1 Cdno. anexo).

3. El Juzgado 3º Superior de Barranquilla al que le fueron repartidas las diligencias en noviembre 7 del año en referencia, declaró la apertura de la etapa investigativa y ordenó la práctica de varias diligencias por intermedio de los juzgados

de instrucción criminal, quedando finalmente radicado el encargo en cabeza del Juzgado 14 a órdenes del doctor Oscar Contreras Amarís, quien el 17 siguiente dispuso dar cumplimiento a la comisión y "librar los oficios y boletas de citación respectivas" (Fls. 15-16).

4° En enero 11 del año que avanza sin que se evacuara ninguna de las diligencias ordenadas, el funcionario denunciado, frente al informe rendido por la secretaría del despacho, dispuso remitir la actuación al comitente (Fl. 17).

5° El 4 de febrero de este año el Juzgado del conocimiento comisionó nuevamente al 14 de Instrucción Criminal por el término de 45 días para la práctica de las diligencias antes señaladas, en razón de lo cual el funcionario denunciado determinó librar sendos despachos comisorios a las ciudades de Medellín y Manizales para escuchar el testimonio de varias personas citadas en la queja sin que ordenara la captura de las personas involucradas en la misma (Fls. 19 al 26). Dichas declaraciones, como se observa en el cuaderno anexo, fueron recibidas.

6° Dos son los fundamentos en que se apoya la denuncia contra el doctor Contreras Amarís:

a) El incumplimiento total de lo dispuesto por el Juzgado 3° Superior en la primera oportunidad en que recibió las diligencias ya mencionadas, y

b) La ostensible violación a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 2ª del 17 de enero de 1984, al desobedecer dolosamente sus mandatos y la orden del comitente, quien, en el numeral 5° de su auto visible al folio 15 del cuaderno anexo, dispuso la captura de los sindicados (Fls. 2 y ss.).

7° Según la descripción que del prevaricato por omisión hace el artículo 150 del C. Penal, para que se tipifique este hecho punible es necesario que el empleado oficial omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones. No obstante no toda demora u omisión constituye por si sola conducta punible y ni siquiera falta de carácter disciplinario.

En cuanto a la primera acusación basada en el incumplimiento de la comisión impartida por el Juzgado 3° Superior, bien hizo el *aquo* al ordenar la correspondiente investigación disciplinaria, pues nada permite por ahora pensar en la existencia de un hecho punible o aparentemente delictuoso que diera lugar a la necesidad de dictar auto cabeza de proceso. Hasta el actual momento no hay razón alguna para pensar en la comisión de un delito de prevaricato, de modo que lo pertinente es la investigación disciplinaria de lo ocurrido. No obstante, si de esa actuación surge la posibilidad de que se haya violado la ley penal, se compulsarán las copias pertinentes.

En lo tocante a la no expedición de las respectivas órdenes de captura, no puede incurrir en prevaricato el funcionario que condiciona su expedición a las necesidades que justamente reclama la investigación y dentro de un orden de prioridades claramente detallado en el auto comisorio cuyo contenido no resulta incompatible con la conducta que aquí se viene censurando. No puede hablarse de violación al artículo 38 de la Ley 2ª del 17 de enero de 1984 sobre la simple base de que el instructor desacató tal ordenamiento del comitente, pues la misma norma hoy derogada por el Decreto 1853 del presente año, disponía la captura únicamente en presencia de dos requisitos,

uno de carácter objetivo relativo a la naturaleza del delito contemplado dentro de su taxativa enumeración, y otro de carácter subjetivo, referido al artículo 381 del C. de P. Penal, esto es que la aprehensión del "presunto sindicado" quedaba supeditada, como es obvio a que las pruebas obrantes registraran los antecedentes o circunstancias que permitieran al juez suponer fundadamente, que dicha persona era autora o partícipe de una infracción penal y, en consecuencia, merecedora de ser vinculada a la investigación mediante indagatoria.

En verdad, con los términos de la denuncia de Maritza Agustín Bravo, incluso sin haberse sometido al rigor del juramento, difícilmente podía el comisionado asumir alternativa distinta de la de la práctica de algunas diligencias, para luego sí dentro de los límites del encargo, hacer las evaluaciones y tomar las determinaciones correspondientes.

En estas condiciones es obvio que los hechos denunciados no constituyen delito, de modo que se confirmará la determinación que se revisa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y oído el Ministerio Público,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

CONSULTA Y RECURSO DE APELACION

La tramitación del grado jurisdiccional de consulta en lugar del recurso de apelación, no genera nulidad porque no desconoce el derecho de defensa, ya que el examen del proceso es igual en los dos casos y las facultades del superior son idénticas.

La Corte reitera su tesis.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta No. 77.

Bogotá, veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 18 de agosto de 1984, que modificó la pena impuesta en la de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Superior de esa ciudad el 18 de junio de ese año, interpuso recurso de casación del procesado Hugo Duque Ríos, condenado por aquella Corporación a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales que le fueron imputados en el auto de proceder, recurso que fue oportuna y legalmente concedido por el Tribunal, declarado luego admisible por la Corte y en sustentación del cual el apoderado especial presentó la correspondiente demanda de casación, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Sala.

RESULTANDO

I. Un breve resumen de los hechos materia del proceso es el siguiente, contenido en el concepto rendido por el Fiscal del Juzgado 7° Superior de Cali con ocasión de la calificación del mérito del sumario:

"...Con la diligencia de levantamiento del cadáver de Orlando Quintero Tafur llevada a efecto en la Clínica de Occidente a donde fue trasladado luego que fuera

lesionado al parecer por el sindicado de la referencia y como consecuencia de las heridas falleció. Igualmente encontramos una versión dada por el padre del occiso que expresa que su otro hijo Ferney Quintero Tafur también resultó herido durante el desarrollo de los mismos hechos y se encuentra recluido en los Seguros Sociales...".

"...Los agentes del F-2 entre ellos Víctor Manuel Bustos Beltrán llevan a efecto la captura del sindicado Hugo Duque Ríos y es puesto a disposición de las autoridades que conocen del caso a la vez que hacen un bosquejo de cómo tuvieron ocurrencia los hechos según versión de algunos testigos que se relacionan en el informe...".

"...Tanto en su exposición inicial como en lo narrado en la diligencia de instructiva el lesionado Ferney Quintero Tafur manifiesta que el día 26 de diciembre de 1982 a eso de las nueve de la noche llegó a la rueda (ciudad de hierro) situada al frente de su residencia en el barrio La Esperanza y se dirigió al hijo del administrador de nombre Jorge a quien conoce desde hace algún tiempo y para saludarlo lo hizo con la siguiente expresión: "Qué hubo maricón, hijueputa", pues debido a su amistad así acostumbraban saludarse siempre, que este no le respondió nada pero había un tipo atrás quien sin presentarse ninguna discusión sacó una arma de la pretina del pantalón y sin motivo alguno se la clavó en el costado izquierdo, al ver esto su hermano Orlando quien estaba parado frente o en la puerta de la rueda se le acercó y le preguntó qué le sucedía y al enterarse del hecho el mismo agresor con la misma arma lo hirió. El agresor quien responde al nombre de Hugo Duque Ríos que estaba trabajando en la rueda desde hace una semana salió corriendo en compañía de una muchacha. Agrega que esa noche a pesar de haber ingerido unas cuatro cervezas estaba en su sano juicio (...) no había ingerido licor, ninguno de los dos acostumbra arma consigo, ignora con qué clase de arma fueron heridos ya que todo se presentó tan rápido, en ningún momento atacaron a Duque Ríos como él lo expresa..." (Fls. 259 a 260 Cdno. Trib.).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en las causales 2ª y 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se hacen, respectivamente, uno y dos cargos.

Causal segunda

Cargo único.

El censor sostiene que el jurado reconoció la atenuación de la ira por grave e injusta provocación, que fue desconocida por el Tribunal en desacuerdo con el veredicto:

"...Bastaría señalar no de ahora sino de atrás, con ocasión del auto de proceder, al buscar la causa generatriz de los hechos que, se mencionó, el vulgar y acostumbrado insulto, con que acostumbraba el occiso saludar y, en efecto así ocurrió la noche mortal al dirigirse a Villarreal y, la bofetada que recibiera Duque Ríos al repostar tal procedimiento, cuando era acompañado por su novia. Todo lo cual, examinado, en forma por demás documentada y explayado en la sentencia, permite dar mayor razonabilidad al veredicto, de todas maneras relación e identidad, no sólo para hallar, que es procedente su confirmación...".

"...Por todo lo cual se puede afirmar sin la menor duda que la sentencia de la honorable Sala que decidió no fue proferida de acuerdo con el veredicto y por ende se debe casar, sancionar como lo resolvió el señor Juez de Instancia y conceder excarcelamiento al señor encausado por encontrarse privado de su libertad por más de las dos terceras partes de la pena impuesta por el señor juez que calificó, solicitudes que formulo con sumo respeto..." (Fl. 20 Cdno. Corte).

CAUSAL CUARTA

Cargo primero.

"...Se concedió a la parte civil el recurso de apelación siendo ello prohibido y con menoscabo de los derechos del procesado...".

"...Evidentemente, no obstante que la sentencia de primer grado condenó al señor encausado, el señor Representante de la parte civil apeló tal sentencia y el juzgado concedió el recurso...".

"...Nuevamente es menester recordar cómo, constituida la parte civil en forma legal, goza de las atribuciones claramente señaladas en la norma de la ley del Proceso Penal; el artículo 134 titulado 'facultades de la parte civil' cuales son, solicitar prueba 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 amén de desarrollar las demás actividades que la ley le concede...".

"...Es decir, en primer lugar, únicamente puede solicitar prueba para los fines ahí específicamente determinados y en segundo, esto es, las expresamente señaladas en el estatuto represivo, vale significar que aquellas que no lo están, naturalmente le son ajenas...".

"...Las actividades que le son concedidas por la ley aparecen señaladas únicamente en estos artículos del Código de Procedimiento Penal: el 138 referido al embargo y secuestro de bienes; el 141 sobre otorgamiento de caución; el 219 que indica quiénes pueden solicitar prueba dentro de un proceso penal; el 224 que señala los requisitos de la inspección judicial; el 253 indicativo de las personas que están facultadas para interrogar al testigo; el 273 relativo a quienes pueden presenciar el examen pericial; el 311 que se refiere a la reserva del sumario; el 402 sobre el interrogatorio al indagado: el 416 que hace relación al derecho de las partes en el careo; el 470 sobre la revocatoria del excarcelamiento; el 503, en donde se menciona el avalúo de daños y perjuicios; el 507 sobre la publicidad de la audiencia; el 508 relacionado con la presencia de las partes en la audiencia; el 511 sobre celebración del acto público de juzgamiento y el 570 que señala los titulares del recurso de casación...".

"...Unicamente, honorable señor Magistrado en este último artículo, el 570, la Ley del Procedimiento Penal otorga a la parte civil la facultad para interponer recursos, en tal caso sólo el extraordinario de casación...".

"...A esto y a nada más, y hemos visto que son muchas las atribuciones, se reducen los poderes de la parte civil. No existe, no obra dentro del Código de

Procedimiento Penal una disposición expresa que la autorice para impugnar una sentencia y mucho menos si ella es condenatoria...".

"...De tal manera que el Superior Jerárquico de un juez, que concede el recurso de apelación a un apoderado de la parte civil que no se mostró conforme con una condena, debe irremediablemente proferir un auto interlocutorio absteniéndose de revisar tal fallo para que el *a quo* niegue el recurso de apelación impetrado y, en el caso *subjudice* como no fue apelado por las partes legalmente éstas sí facultadas para ello, enviar el proceso por la vía de la consulta...".

"...Ello no obstante lo expresado en la sentencia (Fl. 396) 'y en razón de ello la Sala se pronunciará en relación con la providencia revisada' por no ser, en manera alguna, lo preceptuado en la ley que rige el procedimiento penal y menos aun si por el mismo *ad quem* se ha advertido: y que por ello no debe darse el trámite final a la instancia...".

"...Y porque no es lo mismo un recurso que el grado de jurisdicción denominado consulta..." (Fls. 21 a 22 Cdno. Corte).

Cargo segundo.

"...Sin estar facultado para ello, el Tribunal interpretó el veredicto...".

"...En la casación del día 27 de octubre de 1944 (G.J.T. LVIII, pág. 355) ya la Corte enseñó como los Tribunales no pueden agravar, en la sentencia, el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado apenas fue intencional...".

"...Ello equivale a decir que los Tribunales no pueden agravar, en la sentencia, el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, estimó el juez del conocimiento que fue intencional pero con aminorante de la responsabilidad...".

"...Porque en las únicas circunstancias en que el veredicto puede ser tocado, en el sentido gramatical de 'alterar el estado o condición de una cosa' es cuando se da cumplimiento a los preceptos de los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando el juez declara la contraevidencia del veredicto por medio de una providencia que debe ser forzosamente consultada o por resultado del estudio que el Tribunal Superior hace para sentencia de segundo grado y descubre que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, en cuyo caso así lo declarará y ordenará que su inferior convoque a nuevo jurado...".

"...En ninguna otra circunstancia el Tribunal Superior de Distrito Judicial ni el Tribunal Militar pueden tocar el veredicto y porque así haya venido sucediendo no quiere decir que ello esté, en manera alguna, ajustado a la ley del procedimiento...".

"...Interpretar el veredicto del jurado en la forma como en el caso sub-examen lo hizo el señor Juez Séptimo Superior de Cali si es facultad de todos y cada uno de los jueces superiores pero únicamente de ellos...".

"...Y no es óbice a la afirmación la realidad de la existencia de las dos instancias porque el *ad-quem* está en la obligación, para un caso como el que nos ocupa, analizar si la sanción que se impuso está conforme con las conclusiones del fallo o si a

pesar de la interpretación que el *aquo* dio a la veredicción ésta no es posible aceptarle por ser claramente contraria a la realidad de los hechos o por encontrar que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad...".

"...Pero, insisto, en lo referente a la interpretación a si una expresión como 'Y en estado de ira' es aminorante de la responsabilidad, es de la incumbencia única y exclusiva del señor Juez Superior que conoce del proceso, elaboró el cuestionario y recibió el veredicto...".

"...Y por ello porque en ninguna norma del Código de Procedimiento Penal, desde el artículo 519 hasta el 568 hay la facultad al *ad-quem* para tal menester y en cambio sí para lo referente a la contraevidencia del veredicto...".

"...De tal manera que cuando el honorable Tribunal Superior de Cali al estudiar el proceso contra don Hugo Duque Ríos encontró que el veredicto emitido por el jurado no era contrario a la evidencia de los hechos debió aceptarlo en la interpretación que el señor Juez Superior le había otorgado y no contradecir tal interpretación que únicamente es del resorte de los Jueces Superiores en causas en que interviene el *Juri*...".

"...No aconteció así, se alteró el esquema de juzgamiento establecido en el Código de Procedimiento Penal, para la exacta tramitación del proceso y la defensa integral del encausado: se violó una de las garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, la del Debido Proceso en el aspecto relativo a la inobservancia de las formas propias de cada juicio...".

"...Es notoria en consecuencia, la existencia de la causal cuarta de casación –ordinal 4° del artículo 580 del Decreto número 409 de 1971– y por lo mismo le pido al honorable señor Magistrado y a la honorable Sala Decisoria declarar la nulidad del proceso a partir del momento en que entra a Despacho del señor Magistrado para estudiar la sentencia de primer grado..." (Fls. 22 a 24 Cdno. Corte).

III. El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del casacionista fundado en las siguientes consideraciones, con apoyo en las cuales solicita a la Corte desechar el recurso propuesto:

CAUSAL SEGUNDA

Cargo único.

"...En el caso presente no se comparte la apreciación del recurrente cuando impugna la sentencia de segundo grado 'por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado', puesto que el honorable Tribunal Superior no hizo cosa distinta a la de recoger las enseñanzas de la honorable Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la interpretación del veredicto cuando el jurado omite flagrantemente los elementos indispensables o necesarios para conceder la justificación, la inculpabilidad o la atenuación del hecho delictuoso, cuanto que el criterio de favorabilidad, no llega a tal extremo de inclinarse a desconocer los derechos de la sociedad, para proteger a los delincuentes e impedir su debida sanción...".

"...Al estudiar las probanzas, se llega a la conclusión del correcto proceder del fallador de segunda instancia, pues en el veredicto se lee: '...actuó en estado de ira', y

para reconocer esa atenuante de que habla el artículo 60 del C.P., es condición esencial que haya mediado provocación, y no una cualquiera, sino una grave e injusta...".

"...La honorable Corte Suprema de Justicia, tiene abundante jurisprudencia en relación con el artículo 28 del antiguo Código Penal, hoy artículo 60. En relación con estos dos artículos dice Antonio Vicente Arenas, en su obra 'Comentarios al nuevo Código Penal', Ed. Temis 1981, Tomo I. Parte general, pág. 493: '...Corresponde la disposición transcrita al controvertido artículo 28 del Código Penal de 1936'. 'Me he permitido –dijo el ponente presentar una nueva redacción del artículo 28 del Código Penal. No se trata de la supresión de la norma, sino de su reestructuración, mediante el empleo de una terminología más lógica e incluso más clara' (Acta número 59)...".

"...Si el jurado omite cualquiera o ambas de las condiciones de gravedad e injusticia que trae el artículo 28 del C. Penal, especialmente la gravedad, no se configura la modificación de la responsabilidad, sino la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 *ibidem* (el artículo 38 corresponde al artículo 64 del nuevo estatuto)...".

"...La Corte, en el estudio de este recurso, como en el de muchos otros en que hizo análoga objeción, ha reafirmado invariablemente estas tesis: primera, la de que así como al juez corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias de peligrosidad, al jurado competen las circunstancias modificadoras de la responsabilidad; segunda, que la provocación, establecida en el artículo 28, requiere el reconocimiento de parte del jurado de sus condiciones de la injusticia y de la gravedad; tercera, que si el jurado reconoce los estados causados por la provocación, pero omite ambas o una de aquellas condiciones, especialmente la gravedad, surge la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 con exclusión de la modificadora del artículo 28'. Revista Justicia, Tomo XVIII, Nos. 164 y 165, pág. 135 (Fls. 38 a 40 Cdno. Corte).

Causal cuarta

Cargo primero.

"...Ahora, sobre la causal cuarta: primer motivo de nulidad que aduce: 'Se concedió a la parte civil el recurso de apelación siendo ello prohibido y con menoscabo de los derechos del procesado', se observa impertinente la argumentación presentada en este punto, por cuanto el fallo de primer grado por imperativo legal debía ser consultado con el superior, por lo que la apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil, y la sustentación del recurso en materia diferente a la indemnización de perjuicios sufridos por las víctimas, no podía ser tenido en cuenta por el fallador de segundo grado, como así aconteció. Por lo tanto no puede hablarse de nulidades ni legales ni supralegales, y la equivocación sufrida por el inferior fue enmendada a tiempo por el *a-quem*, por lo que no tuvo incidencia ni consecuencias jurídicas dentro del proceso, como tampoco se reflejó en el fallo, de acuerdo a lo atrás comentado..." (Fls. 40 a 41 Cdno. Corte).

Cargo segundo.

"...El jurado contestó el cuestionario así: (el del homicidio y el de las lesiones) "sí es responsable y actuó en estado de ira...".

"...Según normas procedimentales las sentencias dictadas en primera instancia, no quedan debidamente ejecutoriadas cuando son materia de apelación o consulta, y tampoco obligan al fallador de segundo grado, por lo que bien puede confirmarlas, revocarlas o modificarlas, teniendo en cuenta la consonancia entre el auto de vocación a juicio, el veredicto del jurado, en su caso, y la sentencia, que deben ser reflejo fiel de la realidad plasmada dentro del proceso. Si bien es cierto que el *a-quo* hace la calificación que cree ajustada a derecho en cuanto a la delincuencia, no es menos cierto que esa calificación no puede constituir una limitante para el *a-quem*, que tiene no solo la facultad sino el deber de hacer la calificación que debió dársele a la delincuencia según su entender, y pronunciar así el proveído que corresponda...".

"...Siguiendo este orden de ideas, así se responde a la impugnación del recurrente, en cuanto a la causal segunda invocada y al segundo motivo de nulidad aducido en lo referente a la causal cuarta...".

"...Si las normas adjetivas del procedimiento penal facultan al *a-quem*, para declarar que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, y a devolver el negocio al *a-quo* para que convoque nuevo jurado, facultad ésta en la que va implícita la libertad de que goza para interpretar los veredictos emitidos por los jueces del pueblo, no es contrario a derecho aumentar la pena cuando considera que ella no se ajusta a la ley, por no reunir las exigencias para la atenuación de la sanción impuesta por el inferior, sin entrar a desconocer la voluntad de los jueces de hecho...".

"...En el caso *sub-examine*, el jurado respondió: 'sí es reponsable y actuó en estado de ira' reconociendo la materialidad del hecho y la responsabilidad del autor, o sea, la materialidad y la voluntad, agregando a la relación psicológica el elemento subjetivo: ("actuó en estado de ira"), elemento que tiene que ser declarado con toda propiedad por los jueces populares, porque de no ser así, es deber del juez de derecho desentrañarlo para acomodarlo al precepto legal correspondiente...".

"...Para el reconocimiento de las eximentes, bien de justificación o de inculpabilidad, como las de atenuación punitiva, deben precisar los elementos propios que la integran, como quiera que si falta uno de ellos no se configura ninguno. Con lo anotado, es más que suficiente para aceptar que en las facultades del fallador de segunda instancia se encuentran entre otras la de interpretar los veredictos, sin que ello engendre nulidad legal ni supralegal, ya que las primeras son taxativas y, por lo tanto, no pueden considerarse sino las que específicamente aparezcan establecidas en la ley, y de la segunda ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia: '...para que ésta se presente es necesario que sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial en forma tal que la omisión del acto o diligencia efecte las bases mismas del juzgamiento o desconozca los intereses de la justicia o de las partes...' (G.J.T. XLIV, p. 274)...".

"...Como se ha visto, el *a-quem*, goza de amplias facultades para revisar el fallo del *a-quo;* enmendar o corregir las fallas en que incurra el inferior cuando el negocio

llegue a su despacho por apelación o consulta, por lo que no se extralimita en sus funciones al interpretar un veredicto emitido por el jurado popular que se quedó corto para la atenuante, y amoldarlo a la ley, cuando el juez de instancia erró en su interpretación, bien reconociendo justificantes, atenuantes o estados de inculpabilidad, o negándolas, lo que no implica estar necesariamente en desacuerdo con el veredicto del jurado..." (Fls. 36 a 38 Cdno. Corte).

CONSIDERANDO

Como es lógico, la Corte procede a analizar en primer término los dos motivos de nulidad alegados al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que de prosperar cualquiera de ellos se evita el estudio de los formulados con fundamento en la causal segunda.

1. *El proceso es nulo, afirma el casacionista, a causa de que el Juzgado 7º Superior concedió a la parte civil el recurso de apelación interpuesto por ésta contra la sentencia de primer grado que condenó al procesado, "siendo ello prohibido y con menoscabo de los derechos del procesado".*

A este respecto, la Sala considera:

Los recursos son medios legales concedidos a los intervinientes en el proceso cuando se muestran inconformes con las providencias dictadas por los jueces o por las corporaciones judiciales, para que aquellos o éstas o sus respectivos superiores jerárquicos, las revisen.

Esas facultades están reservadas a las personas que actúan como partes en el proceso penal y sólo por vía de excepción puede ejercitar el derecho de impugnación el denunciante, cuando se profiere auto de abstención de apertura de la investigación.

No obstante el hecho de haber concedido el juzgador de primera instancia a la parte civil el recurso de apelación de la sentencia y sin embargo de que el Tribunal lo rechazó para conocer por el grado de consulta, no hay en tales circunstancias causal alguna de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ya que no existe, como lo aduce el censor, menoscabo del derecho de defensa.

Al respecto ha dicho la Corte:

"...Y es también cierto que el Tribunal en la que ahora es materia del presente recurso no se refirió a la alzada sino a la consulta...".

"...Pero eso no significa que se haya desconocido la garantía consagrada por el artículo 26 de la Carta ya que ella se refiere al hecho de que se cercenen formas o partes del proceso que el legislador ha establecido como característicos de cada especie de juicio y que han sido creados para salvaguardar los derechos de las partes...".

"Si el grado de jurisdicción denominado consulta fuera diverso el de alzada en forma que en este último se protegieran en mejor forma esos derechos, pudiera reclamarse sobre la tramitación del primero en lugar del segundo. Pero el examen que se hace del proceso es igual en ambos casos y las facultades del superior idénticas, de manera que no existe menoscabo de los intereses de las partes en ninguna de esas

formas de revisión del proceso...". (Subrayas fuera del texto, sentencia de 10 de diciembre de 1979, Gaceta Judicial No. 2400, año 1979, pág. 297).

Por consiguiente, no prospera el cargo.

CAUSAL CUARTA

Cargo segundo.

II. El proceso es nulo, sostiene el censor, porque el Tribunal interpretó el veredicto del jurado, siendo que únicamente es el Juez Superior el que se halla legalmente autorizado para hacerlo, violándose por tanto el artículo 26 de la Constitución nacional, por inobservancia de las formas propias del juicio.

Al respecto, la Sala,

CONSIDERA

No es cierto, como lo afirma el casacionista, que sólo los jueces superiores tengan la facultad de interpretar el veredicto del jurado, ni que le esté vedado hacerlo al Tribunal porque, como ya se vió en el estudio del primer cargo de la causal 4ª y como bien lo anota el Procurador Delegado, la apelación y la consulta confieren amplias facultades al juez de segunda instancia para adicionar, aclarar, revocar o confirmar las decisiones de los inferiores y, en consecuencia, en los juicios en los cuales interviene el jurado, para interpretar los veredictos de conformidad con las pruebas y las alegaciones de las partes en la audiencia pública.

Así lo ha sostenido la Corte en innumerables fallos, entre otros, en los dos siguientes:

"...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 cubre 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..." (subrayas fuera del texto, sentencia de 22 de junio de 1983).

"...Como en los juicios que se tramitan con intervención del jurado de conciencia la veredicción que éstos emitan constituye la base de la sentencia, los falladores de instancia tienen la facultad de analizar las respuestas del jurado tanto en sí mismas como frente a la realidad procesal, a fin de comprobar que en verdad existe un veredicto acogible y que la sentencia puede dictarse de acuerdo con él..." (subrayas fuera del texto, sentencia de 25 de junio de 1981).

El hecho de que el Tribunal interpretara el veredicto del jurado, como lo hizo, en manera alguna quebranta las formas propias del juicio ni altera el esquema del juzgamiento ni, mucho menos, viola el derecho de defensa del procesado, porque, como se dijo en las transcripciones anteriores, la ley confiere al juez de derecho el ejercicio de esa facultad.

Tampoco prospera el cargo.

CAUSAL SEGUNDA

Cargo único.

III. La sentencia del Tribunal, afirma el casacionista, se dictó en desacuerdo con el veredicto del Jurado de Conciencia, en el cual se reconoció la atenuante de la ira, que desconoció aquella Corporación, para imponer al procesado una pena mayor.

Cabe recordar, primeramente, que la sentencia que se ataca en el recurso extraordinario de casación es la de segunda instancia, aun si en ella se reproducen los fundamentos de la de primer grado, como lo ha venido sosteniendo la Corte en forma reiterada.

En el debate oral el defensor del procesado solicitó al Jurado de Conciencia la absolución de su defendido como petición principal y en forma subsidiaria el reconocimiento de la ira causada por comportamiento ajeno grave e injusto, solicitud a la que el *juri* contestó afirmando que el procesado sí era responsable, en estado de ira, y por tanto, como lo interpretó el Tribunal, sin que los jueces de conciencia admitieran que el procesado había actuado, además, por grave e injusta provocación de la víctima, como lo había solicitado en el debate oral el defensor; de haberlo aceptado, así lo hubieran expresado en el veredicto, agregándole esa circunstancia, sobre la cual, por lo demás, no aparece en el Acta de Audiencia que se haya ilustrado en forma prolija y extensa al Tribunal Popular.

Conviene transcribir la providencia de la Corte con la que el Tribunal sustentó la sentencia recurrida en cuanto a la interpretación que dio al veredicto del jurado:

"...Por el segundo cargo, se aduce desacuerdo entre la sentencia y el veredicto porque éste que textualmente dice 'sí es responsable, en estado de ira', debió ser interpretado en tal forma que permitiera el reconocimiento de que el procesado actuó como se prevé en el art. 28 del C.P. para efectuar la disminución de pena allí prevista, y no como indicador de condena por homicidio voluntario...".

"...El primer error del demandante no escapa a la observación del Ministerio Público pues los jurados contestaron exactamente 'si en estado de ira mayoría de votos'. El segundo consiste en creer que esa contestación incompleta debe aumentarse hasta el punto de hácer decir al jurado lo que, a pesar de las peticiones que al final de su intervención de audiencia hizo la defensa, no quiso decir. La jurisprudencia es constante cuando puntualiza que en estos casos falta en la contestación al cuestionario el reconocimiento expreso de que la ira y el intenso dolor fueron causados 'por grave e injusta provocación'. Dicha expresión falta en el veredicto y, por tanto, no puede censurarse al fallador por no aplicar el art. 28 del C.P. y sentenciar con la sola base del art. 362, sobre homicidio...".

"...Lo anteriormente consignado no quiere decir que la Sala exige, como en épocas pretéritas, la utilización de palabras sacramentales por parte del jurado en su contestación al cuestionario, y tampoco que reproduzca con exactitud las empleadas por el legislador en la confección de la norma. Lo que se pide es que diga expresamente que la provocación existió y que la califique de injusta o de grave, indistintamente. Lo demás corresponde al juez de derecho que optará o no por la aplicación

del art. 28 del C.P., en vista de las alegaciones de los representantes de las partes en el proceso y con base en el análisis de los hechos que le dieron origen y en sus circunstancias de toda clase..." (Casación de 28 de febrero de 1980).

Es cierto que la posición asumida por la Corte en la Providencia a que alude el Tribunal ha sido no solamente la tradicional, sino también la que consulta estrictamente las previsiones de la ley en cuanto a la forma como describe la figura.

Pero conviene recordar, igualmente, que con posterioridad a esa decisión la Corporación ha morigerado su rigidez para dar campo, en veredictos que como el presente se tildan de incompletos, 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 el debate en relación con el tema no concretado con meridiana claridad en la respuesta del jurado.

Así se ha pronunciado, entre otras, en providencias de 20 de noviembre de 1980 y de 31 de mayo y de 21 de junio de 1983.

En el caso sometido a estudio no surge, de manera razonable, la convicción de que los jueces populares hubiesen querido reconocer la especial diminuente de la punibilidad simplemente propuesta por la defensa, sin que hubiese hecho demasiado hincapié en ella.

Por lo demás, el recaudo probatorio no presta tampoco fundamento para deducir que el jurado hubiese tenido el convencimiento de que la ira que acompañó el comportamiento del procesado hubiese sido causada por grave e injusta provocación proveniente de la víctima, sino, todo lo contrario, esto es, sin que ésta hubiese cometido acto alguno de provocación contra su agresor, como se dejó consignado en los hechos demostrados del proceso.

De consiguiente, no prospera este último cargo, ni, por tanto, tampoco, la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– visto el concepto del señor Procurador 1° Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen, fecha y contenido a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

ABOGADO
Ejercicio de la profesión

Está prohibido el ejercicio de la profesión de abogado al funcionario o empleado judicial. Sólo puede ejercer el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 078.

Bogotá, D.E., agosto veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia mediante la cual el Tribunal superior de Quibdó llamó a responder en juicio al doctor Rodolfo Lozano Díaz, ex-juez Promiscuo Municipal de Bagadó, por la posible comisión del delito previsto en el art. 157 del Código Penal.

HECHOS

Mientras se desempeñaba en el cargo indicado, el doctor Lozano Díaz actuó en su propio nombre dentro de un proceso ejecutivo de mínima cuantía que se le adelantaba en el Juzgado 2° Civil Municipal de Quibdó.

RESULTANDOS

1. El mencionado proceso civil tuvo el siguiente desarrollo cronológico.

a) Con base en una letra de cambio por valor de $12.190.00, que le había sido endosada para el cobro judicial por la señora Francia Mosquera de Cala, el abogado Gorgonio Palacio Cuesta formuló demanda ejecutiva de mínima cuantía contra el doctor Lozano Díaz, el 7 de julio de 1984;

b) El 17 de ese mismo mes, el Juzgado 2° Civil Municipal de Quibdó libró mandamiento de pago ejecutivo en favor de Palacios Cuesta y a cargo del funcionario acusado y dispuso, además, que se enviara despacho comisorio al alcalde de Bagadó para que se notificara esa determinación al doctor Lozano Díaz;

c) El 8 de agosto de 1984, en efecto, el alcalde del municipio aludido notificó personalmente el mandamiento de pago ejecutivo al juez ahora procesado;

d) El doctor Lozano Díaz procedió entonces a enviar al Juzgado 2° Civil Municipal de Quibdó dos escritos, fechados el 8 y 9 de agosto. En el primero de ellos manifestó que, actuando en nombre propio, daba contestación a la demanda y se oponía a ésta, por cuanto entre él y Palacios Cuesta no existía ningún vínculo jurídico del cual se derivara una obligación a su cargo, y en el segundo propuso la excepción de nulidad absoluta, como quiera que al notificarlo del mandamiento de pago no se le entregó copia de la demanda y sus anexos;

e) Mediante autos de agosto 17, el Juzgado 2° Civil Municipal se abstuvo de resolver las peticiones del funcionario incriminado, pues consideró que éste no podía litigar en causa propia o ajena, y ordenó informar de su actuación al Tribunal Superior de Quibdó; y

f) Por otra parte, el mencionado juzgado en auto de 17 de julio había negado decretar embargo de la quinta parte del sueldo que el doctor Lozano Díaz devengaba como juez, con fundamento en lo dispuesto por el art. 35 del Decreto 546 de 1971.

2° Documentalmente se encuentra acreditado para la época de los hechos referidos, el doctor Lozano Díaz ejercía el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Bagadó.

3° En su injurada el funcionario acusado manifestó que al serle notificado el mandamiento de pago, consideró que se trataba de una demanda manifiestamente injusta por cuanto ninguna relación había tenido con Palacios Cuesta y en el único documento que se le exhibió no se mencionaba que este último actuaba en representación de Francia Mosquera de Cala, que optó entonces "por salir en mi propia defensa, actuación que llevaría a cabo como rechazando una agresión inclusive física ya que en el momento me sentí abolutamente agredido" y que lo hizo personalmente, mediante los escritos atrás aludidos, ya que en Bagadó no existía ningún abogado que ejerciera la profesión.

4° Al calificar por primera vez el mérito de la investigación, en la providencia recurrida el Tribunal Superior de Quibdó sostuvo que la conducta del doctor Lozano Díaz había constituido litigio, pues en sus escritos planteó una controversia jurídica; que en proceso civil de mínima cuantía cualquier persona puede actuar en nombre propio, según el art. 28 del Decreto 196 de 1971, pero esta posibilidad no se extiende a los funcionarios jurisdiccionales, a quienes legalmente está vedado en todo caso el ejercicio de la profesión de abogado; que, por tanto, el procesado "es responsable (sic) del delito que nos ocupa regulado como 'Asesoramiento y otras actuaciones ilegales', artículo 157 C. Penal" y lo llamó entonces a responder en juicio.

Esa corporación, además, dispuso la detención preventiva del ex-juez y le concedió excarcelación caucionada.

5° El defensor del doctor Lozano Díaz, al sustentar el recurso de apelación, ha sostenido que la actuación de su representado no constituyó ejercicio de la profesión de abogado ni litigio, sino que simplemente se limitó a formular una solicitud ante el Juzgado Civil que conocía del proceso en su contra.

6° Con base en los mismos argumentos del *a-quo* el Procurador 3° Delegado en lo Penal ha pedido que se confirme el auto de proceder impugnado.

CONSIDERANDOS

1° El art. 157 C.P. sanciona al empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o de policivo.

Del ingrediente normativo "ilegalmente" contenido en dicho tipo penal, despréndese necesariamente que no toda conducta de un empleado oficial consistente en representar, litigar, gestionar o asesorar, se adecua a esa descripción, sino que de ésta escapan aquellos comportamientos que no le están expresamente prohibidos, por la ley.

Se impone, en consecuencia, precisar frente al caso en estudio si la actuación del doctor Lozano Díaz fue ilegal.

2° En este orden de ideas tiénese, primeramente, que la Constitución Nacional en su art. 160 ord. 4° establece que los cargos jurisdiccionales son incompatibles "con toda participación en el ejercicio de la abogacía". Esta disposición, además, hállase textualmente repetida en el art. 80 del Decreto 250 de 1970, en el cual se excluye a los funcionarios y empleados judiciales de "toda participación en el ejercicio de la abogacía".

De otra parte, en desarrollo del citado mandato constitucional, el art. 39 ord. 1° del Decreto número 196 de 1971 señala que los empleados públicos y los trabajadores oficiales "no pueden ejercer la abogacía" y según el art. 163 ord. 2° del Decreto número 1660 de 1971, una de las faltas disciplinarias en que pueden incurrir quienes desempeñan cargos jurisdiccionales consiste en "gestionar profesionalmente negocios propios o ajenos".

3° Entre las normas mencionadas existe, pues, una sistemática coherencia que permite colegir, sin lugar a dudas, que lo que aquéllas con razón prohiben a funcionarios y empleados judiciales es el ejercicio de la profesión de abogado.

4° Dicha profesión, se encuentra constitucional y legalmente regulada. En efecto, el art. 40 de la Constitución Nacional ordena que "sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional" y que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito". Y el Decreto 195 de 1971 contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía. En este último se precisa, aun más, que "es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales". (art. 3°) que "es requisito para la inscripción haber obtenido el título correspondiente, reconocido legalmente por el Estado (art. 5°) y que "no se podrá ejercer la profesión de abogado, ni anunciarse como tal sin estar inscrito y tener vigente la inscripción" (art. 24).

5° *El concepto de "ejercicio de la profesión de abogado", en suma, tiene en nuestro sistema jurídico un preciso significado proveniente de las disposiciones aludidas, tal ejercicio está referido, en principio, a las actuaciones reservadas a las personas que han obtenido el título universitario de abogado y tienen vigente su tarjeta profesional, pero comprende igualmente las actividades de litigio que excepcionalmente la ley autoriza a personas que no cumplen los mencionados requisitos.*

6° *Ahora bien,* por que atañe al evento *subjudice el art. 28 ord. 2° del Decreto número 196 de 1971 dispone que "por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito en los siguientes casos: 2° En los procesos de mínima cuantía". De modo que la actuación en esta hipótesis también constituye ejercicio de la profesión de abogado y, por consiguiente, de conformidad con las normas atrás citadas le está prohibida al funcionario o empleado jurisdiccional.*

Al respecto debe precisar la Sala, sin embargo, que distinta es la situación prevista en el art. 116 C. de P.P., en el cual se trata del ejercicio del derecho de defensa que puede efectuar incluso quien sea empleado oficial y por ello en oportunidad precedente se expresó que "el derecho de la defensa sólo puede ejercerse directamente por un funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público dentro de un proceso penal seguido en su contra" (auto de junio 17 de 1980, M.P. doctor Luis Enrique Romero Soto).

7° *A la luz de las anteriores consideraciones, la Sala concluye que del comportamiento del doctor Lozano Díaz, puede aplicarse su ilegalidad y, así mismo, que constituyó litigio ya que presentó alegatos para controvertir la decisión judicial que lo afectaba, de modo que tal conducta se adecua a la descripción legal del art. 157 del Código Penal.*

8° Los mismos elementos de juicio que acreditan la tipicidad del comportamiento del doctor Lozano Díaz, muestran también, con la entidad probatoria exigida por el art. 481 del C. de P.P., que aquél habría actuado antijurídica y dolosamente. Lo primero, por cuanto con su conducta habría vulnerado un interés....

4° Comisionar al Tribunal Superior de Quibdó para la suscripción de la diligencia de conminación y la devolución de la caución al procesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION
Objeto

Es la garantía de una recta administración de justicia, lo que ha de ser tenido en consideración, para autorizar el cambio de radicación de un proceso penal, según el artículo 44 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 078.

Bogotá, D.E., agosto veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

El señor Ministro de Justicia ha solicitado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia concepto sobre cambio de radicación del proceso penal seguido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de El Banco (Magdalena) al ciudadano norteamericano John Lincoln Tamboer, por violación del Decreto número 1188 de 1974.

RESULTANDOS

1° El Juzgado 2° Penal del Circuito de El Banco (Magdalena) adelanta proceso penal a John Lincoln Tamboer por delito de tráfico de estupefacientes, actualmente el expediente respectivo se encuentra a despacho del juez para señalamiento de la fecha de audiencia.

2° En su oportunidad el Gobierno Colombiano solicitó y obtuvo la extradición del procesado desde los Estados Unidos de América para que respondiera de los hechos punibles que se le imputan.

3° Por solicitud del propio juzgador colombiano, el procesado se encuentra detenido en una celda especial de la Penitenciaría Central de Colombia en Bogotá.

4° El Gobierno Nacional considera como probable que se atente contra la vida del procesado Lincoln Tamboer como mecanismo "para erosionar gravemente la aplicación del convenio internacional vigente entre Colombia y los Estados Unidos", peligro previsible si se tiene en cuenta que la cárcel de aquella población no ofrece

ninguna garantía de seguridad, como lo certifica la Dirección General de Prisiones, y que tanto la Policía Nacional como el Departamento Administrativo de Seguridad informan oficialmente que no están en condiciones de brindar las debidas seguridades en el caso de que el procesado fuese trasladado a El Banco pues aquélla no dispone de personal suficiente para un adecuado servicio de vigilancia y éste no posee oficinas en dicha población.

5° Se adjuntan las respectivas certificaciones de la Dirección General de Prisiones, del Departamento Administrativo de Seguridad y de la Policía Nacional.

CONSIDERANDOS

1° *Es la garantía de una recta administración de justicia lo que ha de ser tenido en consideración para autorizar el cambio de radicación de un proceso penal, conforme lo establece el art. 44 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, dicha norma no precisa los factores que puedan afectar esa garantía de una recta administración de justicia; ha venido siendo la propia jurisprudencia de esta Corporación la que ha trazado pautas y criterios en tal sentido; por esta vía se han mencionado, por ejemplo, razones de orden público y social que dificultan una serena e imparcial decisión de los jueces, ya sea "por la conmoción general que el delito haya causado, o porque se tema que las condiciones personales del infractor pueden influir en pro o en contra de sus intereses, ora porque el hecho sea tema de pública discusión propenso a la formación de bandos o partidos, o en fin, por cualquier otro motivo que introduzca factores extraños al desarrollo normal del juicio" (conceptos de 4 de agosto de 1977 y 14 de octubre de 1980). También ha considerado esta Sala que atentan contra la eficacia e imparcialidad de la administración de justicia no sólo aquellos hechos que tiendan a coartar las garantías procesales del imputado, sino también los que pongan en peligro su propia integridad, pues ésta constituye la premisa esencial y básica del derecho de defensa (conceptos de diciembre 3 de 1980 y noviembre 9 de 1982).*

2° De la prueba documental aportada en este caso por el Ministerio de Justicia, despréndese la existencia de un riesgo probable y previsible para la incolumidad personal del procesado Lincoln Tamboer si llegare a desplazarse a la población de El Banco para la celebración de la audiencia pública en el proceso que por narcotráfico se le adelanta allí; y como ese riesgo racionalmente probable puede y debe precaverse, ha de accederse a la petición ministerial, en guarda de la buena marcha de la administración de justicia.

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

RESUELVE:

EMITIR concepto favorable al cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez R.

Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA

Frente a sentencias dictadas en procesos en que interviene el jurado de conciencia, no es admisible la pretensión de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, bien sea que provenga de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 078.

Bogotá, D.E., agosto veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Vistos

El Juzgado 16 Superior de Medellín condenó a Carlos Alberto y Elkin de Jesús Vásquez Pino a la pena principal de 16 años de prisión, como responsables de homicidio y hurto agravados. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de esa ciudad, aunque con incremento de la pena a 20 años de prisión, mediante sentencia que ambos procesados recurrieron en casación pero el recurso sólo fue sustentado por el defensor del segundo de ellos.

Hechos

A los hermanos Vásquez Pino se atribuye haber dado muerte a Luis Argemiro Alvarez Hincapié, el 20 de abril de 1982 en las calles del barrio Villa de Guadalupe de Medellín, mientras procuraban apoderarse de un costal con mercancías que aquél portaba.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Medellín y calificada, en su momento, por el Juzgado 16 Superior, con llamamiento a juicio para los Vásquez Pino por homicidio y hurto agravados respecto de Alvarez

Hincapié y homicidio en la persona del menor Jairo Vargas Moreno, quien resultó muerto durante la persecución de que fueron objeto los procesados. Tal determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, con la sola modificación de que también el homicidio de Vargas Moreno era agravado. En la audiencia pública, el jurado respondió afirmativamente al cuestionario propuesto en relación con los delitos cometidos contra Alvarez Hincapié y negativamente respecto de la muerte del menor. Y con fundamento en dicha veredicción, el juzgado del conocimiento dictó la sentencia condenatoria que, con la variación punitiva ya indicada, confirmó posteriormente el Tribunal.

La demanda de casación

Con base en la causal primera del art. 580 del C. de P. P., el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal: haber incurrido en apreciación errónea de los testimonios que comprometen la responsabilidad penal de Elkin de Jesús Vásquez Pino y haber apreciado erróneamente las declaraciones orientadas a acreditar la inocencia del mismo procesado.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador 3° Delegado en lo Penal ha solicitado que se deseche el recurso, básicamente por cuanto la causal aducida no es pertinente en los procesos en que interviene el jurado de conciencia, pero agregó que, en todo caso, no se cometieron los errores de apreciación alegados por el actor.

Considerandos

1° *Ciertamente, como esta Sala lo ha expresado en múltiples oportunidades, frente a sentencias dictadas en procesos en que intervino jurado de conciencia, no resulta admisible jurídicamente la pretensión de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, bien sea que esta causal se haga provenir de apreciación errónea o bien de falta de valoración de determinada prueba.*

En efecto, como quiera que los jurados de conciencia, según lo indica su propio nombre, deciden sobre la responsabilidad del procesado con fundamento en su íntima convicción, esto es, sin expresar objetivamente las pruebas que tuvieron en cuenta ni el análisis que de ellas han hecho, en sede de casación resulta entonces imposible cotejar críticamente el acervo probatorio obrante en autos con la determinación en conciencia de los jurados. Y como los jueces de derecho de ambas instancias deben dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado (salvo que lo consideren contraevidente), tampoco ellos pueden profundizar en el examen de la prueba.

Además, si en casación se pudieran controvertir las pruebas atendidas por el jurado de conciencia, ello llevaría a la Sala a arrogarse la facultad de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, función ésta que la ley otorga exclusivamente a los juzgadores de instancia (arts. 565 y 567 del C. de P.P.).

Y, finalmente, si en los procesos con intervención del jurado de conciencia prosperase la casación por violación indirecta de la ley sustantiva, la Sala tendría que proferir el fallo en reemplazo del impugnado según lo ordena el art. 583 ord. 1° C. de

P. P., y tal sentencia estaría en desacuerdo con el veredicto del jurado, con lo que para corregir una supuesta ilegalidad de la providencia recurrida se incurriría en una real violación de la ley, contemplada como causal de casación en el art. 580 ord. 2º ibidem.

2º La Sala, por tanto, tiene que rechazar el recurso propuesto, en razón de la improcedencia de la causal alegada.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.



NULIDAD

No se requiere invocar el precepto del artículo 26 de la Constitución Nacional, si el vicio que se alega se encuentra en las disposiciones legales que informan la materia de que se trata.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta No. 78 de 28 de agosto de 1985.

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

VISTOS

"Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de José Ignacio Cuadros Jaramillo, contra la sentencia de 29 de junio de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Pereira confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad que le condenó a la pena de diez (10) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en Cristóbal Restrepo Montoya.

1. LOS HECHOS

"En la noche del 20 de marzo de 1983 y cuando caminaba por las calles de Dosquebradas (Risaralda) en compañía de Ruby Nery Rincón, Cristóbal Restrepo Montoya fue sorprendido por un individuo que le disparó por detrás y le ocasionó la muerte. La mujer nombrada persiguió al desconocido y logró derribarlo de la bicicleta en la cual se movilizaba pero éste la amenazó y huyó. El 4 de octubre del mismo año fueron capturados en Balboa cuatro sospechosos y Ruby Nery Rincón al verlos señaló a José Ignacio Cuadros Jaramillo como el individuo que dio muerte a su amante y a quien ella logró derribar del vehículo en el cual se transportaba.

2. EL PROCESO

"Abierta la investigación se practicaron algunas pruebas entre las cuales figura la declaración de Ruby Nery Rincón. Luego de realizada la captura de José Ignacio

Cuadros Jaramillo y de su reconocimiento, fue indagado y negó la autoría de los hechos y afirmó que para la fecha en que éstos sucedieron él estaba en otra parte. Fue detenido y apelado el auto correspondiente, el Tribunal le impartió confirmación. Cerrada la investigación el Juzgado Tercero Superior de Pereira le llamó a responder en juicio ante jurado por homicidio sin atenuantes ni agravantes.

"Al final de la audiencia pública el jurado emitió veredicto afirmativo de la responsabilidad del procesado y sobre dicha base se dictó la sentencia condenatoria de primera instancia luego de resolver peticiones del defensor sobre posibles nulidades en el juzgamiento. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal por la que ahora es objeto de recurso extraordinario que se resuelve.

3. La demanda

"Se apoya el censor en el numeral 4° del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, y afirma que se da también en el proceso una nulidad de rango constitucional (artículo 26 de la C.N.).

"Esa nulidad es la prevista en el numeral 3° del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal por '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'. Cita como otras disposiciones infringidas las de los artículos 520, 536, 540, 544 y 553 del Código de Procedimiento Penal.

"Todas las transgresiones indicadas se originan en el hecho de haber sorteado como jurado a Gildardo Herrera y haber actuado como tal Gildardo Herrera Agudelo, que no es la misma persona señalada en la lista elaborada por el Tribunal Superior en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal. Dice que Gildardo Herrera había muerto. Este mismo problema lo planteó en las instancias con resultados negativos.

4. Réplica del Ministerio Público

"El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia impugnada. Recuerda que los argumentos del censor ya fueron planteados y resueltos en las instancias y que, simplemente, se insiste con ellos en casación. Agrega que no se requiere invocar el precepto constitucional del artículo 26 si el motivo de impugnación puede hallarse en la norma legal.

"En cuanto a la posible actuación como jurado de una persona cuyo nombre no estaba inscrito en la lista correspondiente, afirma que tal cosa carece de base porque fue sorteado el número 70 que corresponde al señor Herrera Gildardo, 'profesor de enseñanza media en el Colegio Deogracias Cardona' de Pereira, dato este que impide cualquier error sobre la identidad del sorteado. Además, el solo hecho de comprobar la existencia de homónimos no puede considerarse como base para el reconocimiento de la nulidad que se alega y, finalmente, que resulta poco probable que se colocara en la lista de jurados a una persona que había fallecido en 1979 si se

atiende al hecho de que el sorteo se hizo en el mes de marzo de 1984 y las listas de jurados las elabora el Tribunal cada año.

5. Las consideraciones de la Sala

"Cuando el vicio que se alega como motivo para pedir la invalidación del fallo encuentra su exacto sitio en las disposiciones legales que informan la materia de que se trata, como acontece con las causales de nulidad taxativamente señaladas por los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, es innecesario reforzar los análisis y razonamientos correspondientes con el agregado de que dicho defecto contradice también el artículo 26 de la Carta, sobre garantías procesales, que ha permitido la creación de las llamadas nulidades constitucionales o nulidades jurisprudenciales de carácter u origen supralegal. Ese proceder no le quita eficacia ni le resta capacidad de ataque a la censura pero sí convierte a la demanda en un algo inútilmente redundante y pone un cierto tinte de inseguridad en la sustentación del cargo.

"De acuerdo con lo dicho se concreta el examen a saber si en el presente caso se da o no la causal de nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal pues se trata de un juicio con intervención de jurado. Cabe advertir, y así lo recuerda el Ministerio Público y lo afirma el mismo demandante, que ya el mismo problema se planteó en las instancias. No hay, pues, variación alguna en la proposición de la nulidad que se alega ni argumentos nuevos para solicitar su reconocimiento.

"Examinado el proceso se comprueba que al momento del sorteo se extrajo la ficha número 70 que corresponde a Gildardo Herrera y que se notificó a Gildardo Herrera Agudelo quien actuó como jurado principal hasta la emisión del veredicto de condena. El demandante afirma que no se sabe si Gildardo Herrera y Gildardo Herrera Agudelo son la misma persona pues existen varias otras que tienen los mismos nombres y apellidos. Este argumento carece de validez porque a pesar de que puede comprobarse dicha homonimia ello no indica lo que se ha pretendido establecer toda vez que no prueba el impugnador que la persona inscrita en la lista es una distinta de la que actuó como jurado pues no indica con precisión cuál de los homónimos es el verdadero jurado.

"De otra parte y como lo dijeron en su momento los juzgadores en las instancias y como lo reitera el Ministerio Público no resulta razonable que figurara en la lista de jurados que debió elaborar el Tribunal el primero de diciembre de 1983, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 522, una persona que había muerto en el municipio de Dosquebradas en 1979 como es el señor Gildardo Herrera quien se desempeñaba en vida como obrero. En cambio, resulta razonable que con el número 70 de la lista apareciera el señor Gildardo Herrera Agudelo, profesor de enseñanza media en el Colegio Deogracias Cardona de la propia ciudad de Pereira".

No prospera el recurso

Por las consideraciones antecedentes, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

(Fdos.) *Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

EJECUCION CONDICIONAL DE LA SENTENCIA

El artículo 68 del C. P. no establece excepción y, por el contrario, amplía este instituto para todos los condenados, sin discriminación en cuanto al hecho punible, o al interés jurídico tutelado; por manera que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 no tiene actualmente validez legal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado Acta No. 81.

Bogotá, D.E., tres de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Laureano o Ramiro del Cristo Mercado Carvajal contra la sentencia de 2 de mayo de 1983 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, al confirmar la dictada el 26 de noviembre de 1982 por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, lo condenó a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión como responsable del delito de hurto sobre ganado mayor. En cuanto el fallo concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional fue objeto de modificación por parte del Tribunal pues revocó ese aspecto. Uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión salvó su voto respecto de este último punto.

Admitido el recurso, la demanda presentada a su nombre por apoderado sustituto se consideró formalmente ajustada a las exigencias legales (Fls. 2 y 19 del cuaderno de la Corte).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de noviembre de 1981 el señor Augusto Nicanor Otero se presentó al Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, radicado en Cereté, para informar que el día 19 de los mismos mes y año habían desaparecido de su finca "Miraflores" de la población de Ciénaga de Oro, varias reses de su propiedad y que de acuerdo con las averiguaciones realizadas por agentes del F-2 de la Policía aparecían comprometidos, entre otros, Carlos Segundo Lozano y César Tulio Tejada.

Con fundamento en la denuncia formulada, el Juzgado de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación, recepcionó las pruebas que estimó conducentes para el descubrimiento de los hechos y resolvió la situación jurídica de las personas sindicadas, mediante auto de 27 de noviembre del citado año, por medio del cual ordenó la detención precautelar de Ramiro del Cristo Mercado Carvajal, Carlos de Jesús Aguirre, Daniel Antonio Domínguez y Luis Alfonso Ramos (Fls. 74 y ss. del cuaderno principal).

Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Penal del Circuito de Cereté calificó el mérito sumarial con llamamiento a juicio para los procesados Daniel Antonio Domínguez y Laureano o Ramiro del Cristo Mercado Carvajal, como partícipes del delito de hurto, y se abstuvo de tomar determinación alguna respecto de la libertad del segundo de los nombrados ya que se había suspendido el auto de detención por motivos de grave enfermedad, razón por la cual se encontraba gozando de libertad (Fls. 210 a 228 *ibidem*), pronunciamiento que fue apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Montería (Fls. 11 a 20 del cuaderno No. 1 del Tribunal).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública sin la presencia del acusado Mercado Carvajal, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con la sentencia en la que lo condenó a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, pero le otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional (Fls. 258 a 288 del cuaderno principal), fallo del que conoció por vía de consulta el Tribunal Superior de Montería y fue confirmado con la modificación en cuanto al subrogado penal, decisión que es objeto del recurso de casación que ahora se resuelve (Fls. 11 a 24 del cuaderno No. 2 del Tribunal).

La demanda

En el marco de la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial al aplicar en ella el fallador el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 y dejar de aplicar el artículo 68 del Código Penal vigente, en armonía con el artículo 6° del mismo estatuto y el 26 de la Constitución Nacional.

Arguye el demandante que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 que prohibió la concesión de la condena condicional a los condenados por delitos de hurto y robo de ganado mayor perdió su vigencia al entrar a regir el nuevo Código Penal (Decreto número 100 de 1980), el cual consagró, en su artículo 68, sin ninguna excepción, dicho beneficio para todos los condenados que reúnan los requisitos allí establecidos, amplitud que no es contraria al espíritu del nuevo estatuto penal.

Consigna en los siguientes términos, el concepto de la violación:

"La sentencia que acuso sostiene en forma equivocada que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 tiene plena vigencia por cuanto se trata de una norma procedimental de carácter especial que en ningún momento ha sido expresamente derogada. Para tratar de sostener esta tesis, el honorable Tribunal autor de la sentencia recurrida, dice que el artículo en mención no ha sido derogado ni por la Ley 94 de 1938 ni tampoco por el Decreto número 409 de 1971, ambos contentivos del C. de P. P. y

que prueba de ello es lo preceptuado por el artículo 769 de ese estatuto del cual se infiere, que las normas especiales de procedimiento no fueron derogadas.

"La argumentación anterior pudo tener valor o sustentación jurídica hasta antes de la vigencia del Decreto número 0100 (nuevo Código Penal), mas no con posterioridad. Lo anterior por razón de que el artículo 68 del nuevo estatuto punitivo consagró, sin excepción alguna, el subrogado de la condena de ejecución condicional para todos aquellos condenados que cumplieran con los requisitos allí especificados. Y por otro lado, el artículo 378 del nuevo Código Penal es muy claro en expresar que se derogan el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto-ley.

"Quiere decir lo anterior que como el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 consagraba una excepción para la concesión de la condena condicional, tal excepción quedó claramente derogada por lo dispuesto en el artículo 68 del nuevo Código Penal en armonía con el artículo 378 de ese mismo estatuto, pues, lo atinente al subrogado penal de que se viene hablando, no tiene excepción de ninguna naturaleza. Además, debe tenerse en cuenta, que la condena condicional a que se refería el artículo 80 del Código de 1936, es, en cierta forma, contraria a la condena de ejecución condicional de que trata el artículo 68 del Decreto número 0100 de 1980; así se infiere de las condiciones y requisitos contenidos en ambas disposiciones legales. De todas maneras, y en razón de que el nuevo Código Penal reformó todo lo atinente a este subrogado penal, debe concluirse de conformidad con la más elemental hermenéutica jurídica que la condena condicional que consagraba el Código Penal de 1936 y las excepciones que establecían algunas normas complementarias de ese Código Penal, quedaron plenamente derogadas. Por lo tanto debe concluirse que la sentencia que acuso es violatoria de la ley sustancial por haber aplicado indebidamente una disposición legal claramente derogada y que, en consecuencia, no cobijaba el caso del señor Laureano o Ramiro del Cristo Mercado Carvajal".

Agrega que, aun en el caso de que se aceptara que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 estuviese vigente, habría de darse aplicación al principio de favorabilidad, acudiendo a las disposiciones del actual Código Penal que son más amplias. Como no se procedió de esa forma, también fueron violados los artículos 6° del Código Penal y 26 de la Constitución Política.

Consecuente con tal planteamiento, solicita que se case parcialmente la sentencia y se dicte la que deba reemplazarla, que no puede ser otra que la que reconozca a su patrocinado el subrogado de la condena de ejecución condicional negado por el Tribunal.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de cuidadosa reseña legislativa sobre el origen y desenvolvimiento del instituto de la condena de ejecución condicional en nuestro derecho positivo, concluye oponiéndose a las pretensiones del recurrente por estimar que la prohibición contenida en el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 se encuentra vigente, planteamiento que concreta en los siguientes términos:

"La Ley 4ª de 1943 en cuanto prohíbe conceder el beneficio de la condena condicional a los condenados por delito de hurto o robo de ganado es, indudablemente, una 'ley especial' frente al artículo 68 del Decreto número 100 de 1980 y su vigencia se mantiene pues ninguna norma de ese mismo carácter especial la ha derogado y, en los términos del artículo 378 de este último estatuto, tampoco es 'contraria' porque, se repite, es una materia especial y exceptiva.

"Estos mismos argumentos desvirtúan la pretensión del actor de aplicar el artículo 68 del Código Penal vigente por ser norma 'favorable' respecto de lo previsto en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1943 porque, en entender del Ministerio Público, no están en juego dos normas legales con igual posibilidad de aplicación. La prohibición consagrada en la Ley 4ª de 1943 excluye el artículo 68 del Código Penal cuando se trata de delito de hurto de ganado mayor y por tanto, se repite, no existe conflicto de leyes.

"Bien puede ofrecerse como argumento adicional en defensa de la tesis que sostiene el Ministerio Público lo que establece el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 17 de 1975 (y por la Ley 2ª de 1984), en materia de libertad provisional. Esta disposición reza así:

"'Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella...' Fórmula que también utilizó el artículo 17 de la Ley 16 de 1969 al referirse a la misma materia".

Para el Ministerio Público, el sindicado por delito de hurto de ganado mayor no tiene derecho a libertad provisional, y si llega a ser condenado, tampoco es acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Finalmente anuncia el Procurador Delegado que se solicitará averiguación disciplinaria respecto de las irregularidades observadas en relación con el mantenimiento de la situación de libertad de Mercado Carvajal derivada de condiciones de salud al parecer prontamente superadas.

Consideraciones de la Corte

Lo que debe precisarse en primer término es si la exclusión de la condena de ejecución condicional para los condenados por delito de hurto o robo sobre ganado mayor, contemplada en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1943, se encuentra vigente frente al Nuevo Código Penal (Decreto número 100 de 1980), o, si por el contrario, ha perdido su validez.

Para ello se impone hacer un estudio de las normas que se han ocupado del tema y desentrañar el alcance del nuevo código en relación con el mismo.

Vigencia o derogatoria del artículo 4º de la Ley 4ª de 1943

Tanto del análisis de las disposiciones que rigieron la materia antes de entrar en vigencia el nuevo estatuto penal, como bajo el imperio de éste y consultando los postulados y filosofía que lo caracterizan, se puede concluir que, al presente, no tiene

vigor legal la antigua prohibición de otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la condena a los sentenciados por delitos de hurto o robo sobre ganado mayor.

En efecto, aquellas normas, que son las mismas a las que alude el Procurador Delegado en su concepto, disponían sobre este punto:

LEY 48 DE 1936

Sobre vagos, maleantes y rateros.

En su artículo 8° consideraba *rateros* a los que se encontraban en las siguientes condiciones:

"a) Los que hayan sido sindicados por dos o más veces por delitos contra la propiedad y sean sorprendidos en el acto de sustraer o de pretender sustraer a las personas, dentro de las habitaciones o fuera de ellas; dineros o efectos de cualquier clase;

"b) Los que hayan sido condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad y cometan uno nuevo de la misma naturaleza;

"c) Los que encontrándose reseñados en las oficinas de identificación por delitos contra la propiedad, hayan estafado o intentado hacerlo, por tres o más veces, en el juego, o por medio de artificios de cualquier clase, abusando de la credibilidad ajena;

"d) Los que hayan sido sindicados por dos o más veces por delitos contra la propiedad, y en cuyo poder se encuentren objetos o dineros de dudosa procedencia, siempre que no explique satisfactoriamente el modo legítimo de adquisición;

"e) Los que habitualmente negocien sobre objetos de dudosa procedencia, contraviniendo los reglamentos de policía;

"f) Los que posean objetos de dudosa procedencia y habiendo sido previamente amonestados por dos o más veces por la autoridad, con motivo de ese hecho, volviesen a incurrir en él, siempre que no expliquen el modo legítimo de su adquisición".

En su artículo 15 vedaba la excarcelación para los sindicados de tales hechos, siempre que apareciere contra ellos, por lo menos, una declaración de testigo hábil o indicio grave. En el artículo 16 los privaba de las rebajas de pena, contempladas en las leyes vigentes.

LEY 50 DE 1939

Por la cual se adiciona la Ley 48 de 1936.

En su artículo 1° dispuso:

"Adiciónase el artículo 8° de la Ley 48 de 1936, así:

"Son rateros:

"g) Los que hayan sido sindicados por dos o más veces por hurto o robo de ganado mayor y concurran uno o varios de los hechos siguientes: sean sorprendidos

en el acto de sustraer o de pretender sustraer una o varias reses; o que en su poder se encuentren ganados con marcas deformadas, anuladas o adulteradas, o pieles de ganado siempre que no expliquen satisfactoriamente su legítima procedencia; o que deformen las marcas de ganados o marquen ganados con señales distintas de las que usan sus dueños y sin consentimiento de éstos".

En su artículo 2° preceptuó:

"Cuando no sea aplicable la disposición anterior, de los delitos de hurto y robo de ganado mayor conocerán en adelante los jueces del Circuito. Los procesados por estos delitos no gozarán del beneficio de excarcelación".

LEY 4ª DE 1943

Sobre seguridad rural.

En sus artículos 1° y 2° se limitó a elevar las penas que el Código señalaba para los delitos de hurto y robo, los cuales describe en la misma forma en que lo hacía el Código, con la excepción de la circunstancia modal que agregó respecto del robo, consistente en el abuso de la debilidad del menor.

En su artículo 4° dijo:

"No se concederá el beneficio de excarcelación a los sindicados o procesados por delitos de hurto o robo de ganado; ni a los condenados por estos mismos delitos se les concederá el beneficio de la condena condicional".

DECRETO NÚMERO 2326 DE 12 DE JULIO DE 1948

Por el cual se hace extensivo el procedimiento de la Ley 48 de 1936 a varios delitos contra la propiedad y se dictan otras disposiciones.

Fue expedido en ejercicio de las facultades emanadas del artículo 121 de la Constitución Política.

En su artículo 3° preceptuó:

"La persona a quien se sindique como responsable de hurto o robo, o de los hechos de que tratan las leyes 48 de 1936 y 50 de 1939, será reducida a detención preventiva, no tendrá derecho a excarcelación ni podrá disfrutar de rebajas de pena ni del beneficio de la condena condicional".

En su artículo 6° dispuso:

"Los sindicados por delitos intencionales de homicidio, cometidos con posterioridad a la fecha de este decreto, quedan excluidos del beneficio de la condena condicional, y solo tendrán derecho al de libertad provisional en los casos contemplados en los artículos 410 y 411 del Código de Procedimiento Penal.

"En la misma situación quedarán los sindicados por delitos intencionales de lesiones personales, en los casos contemplados en los artículos 373, 374, 375, 376 y 379 del Código Penal".

DECRETO NÚMERO 4137 DE 16 DE DICIEMBRE DE 1948

Por el cual se hace extensivo el procedimiento de la Ley 48 de 1936 a varios delitos contra la propiedad y se dictan otras disposiciones.

Fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 90 de 1948, artículo 27.

En su artículo 1° dispuso:

"A partir de la vigencia de este decreto las personas que cometan delitos de hurto o robo, serán juzgadas por los jueces competentes, siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936, aunque no exista contra ellas comprobación de antecedentes judiciales o policivos, pero las sanciones serán las previstas en el Código Penal y las apelaciones y consultas se surtirán ante el inmediato superior.

"Parágrafo. Las disposiciones de la Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros, seguirán aplicándose por los mismos funcionarios que actualmente las aplican".

En el artículo 3° expresó:

"La persona a quien se sindique como responsable de hurto o robo, o de los hechos de que tratan las Leyes 48 de 1936 y 50 de 1939, será reducida a retención preventiva, no tendrá derecho a excarcelación, no podrá disfrutar de rebajas de pena, ni del beneficio de la condena condicional".

En su artículo 6° dijo:

"Los sindicados por delitos intencionales de homicidio, cometidos con posterioridad al 12 de julio último, fecha del Decreto Extraordinario número 2326, quedan excluidos del beneficio de la condena condicional, y solo tendrán derecho al de la libertad provisional en los casos contemplados en los artículos 410 y 411 del Código de Procedimiento Penal. En la misma situación quedarán los sindicados por delitos intencionales de lesiones personales en los casos contemplados en los artículos 373, 374, 375, 376 y 379 del Código Penal.

LEY 16 DE 1969

Por la cual se introducen unas modificaciones a la Ley 16 de 1968 y a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y se divide temporalmente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en dos secciones.

En su artículo 23 derogó de manera expresa los artículos 3° y 6° del Decreto número 4137 de 1948, transcritos en los apartes que preceden.

Débese observar, en primer término, que ni la Ley 4ª de 1943 ni las otras normas transcritas consagran el tipo especial de hurto o robo de ganado mayor. Sus disposiciones hay que entenderlas referidas a los delitos de hurto y robo que describía el Código Penal, agravados por recaer en cabezas de ganado, circunstancia que también consagraba el propio Código.

En segundo lugar, se puede afirmar que los Decretos números 2326 y 4137 de 1948, posteriores a la Ley 4ª de 1943, reprodujeron en su respectivo artículo 3º, la prohibición del artículo 4º de esta Ley, referente a la condena condicional para los condenados por hurto o robo de ganado, pues aludieron a los sindicados por los hechos de que trataban las Leyes 48 de 1936 y 50 de 1939, y esta última se refirió de manera expresa a los sindicados de hurto o robo de ganado mayor, inclusive en condiciones de mayor gravedad que las contempladas en la Ley 4ª pues aquélla exigía pluralidad de sindicaciones por esa conducta.

Entonces, al derogar de manera expresa la Ley 16 de 1969 el artículo 3º del Decreto número 4137 de 1948, disposición que contenía la mencionada prohibición de conceder condena condicional a los abigeos, tácitamente dejó sin valor legal lo preceptuado por la Ley 4ª de 1943 en su artículo 4º, referente a la misma materia.

Aparte de lo anterior y para disipar cualquier duda en cuanto a la derogatoria de tal prohibición, si es que subsistiere, basta con acudir a la filosofía del nuevo código sobre el tema.

Sea lo primero poner de presente que, de acuerdo con la ley de facultades, que fue la 5ª de 1979, al Gobierno se le encomendó por el Congreso Nacional la misión de "expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal; sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978 y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia" (subrayas fuera de texto).

Se trataba, por tanto, de una reforma integral y no de simples modificaciones al Código Penal entonces vigente.

Respecto de la institución del subrogado penal de la condena que motiva el análisis que viene haciéndose, de ejecución cardenal los redactores del nuevo Código Penal no solamente no le establecieron excepción alguna de carácter especial, esto es, referida a determinado delito o modalidad de delito, sino que dejaron expresamente consignada en la exposición de motivos o relación explicativa la amplitud que había orientado la concepción de dicho instituto. Dijeron al respecto, por intermedio del Presidente de la Comisión:

"Los sustitutos penales se reglamentan en los capítulos tercero y cuarto. La condena de ejecución condicional se instituyó con amplio criterio liberal, porque lo importante como política penal no es el drástico rigorismo vindicativo, si no la concepción pragmática de la pena, como instrumento de resocialización del delincuente, sin renunciar a las demás funciones que la inspiran. La certeza de la imposición oportuna de la pena es más útil que la incierta amenaza de un castigo excesivo. De ahí que la Comisión haya considerado necesario ampliar notoriamente el ámbito de aplicación de la condena de ejecución condicional como una sana y eficaz medida de política criminal. Cumplidos los requisitos que exige el proyecto (artículo 69) se podrá aplicar si se impuso pena de arresto (duración máxima de cinco años) o hasta tres años de prisión" (subrayas fuera de texto. Nuevo Código Penal, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, página 48).

El artículo 68 del nuevo Código Penal, correspondiente al 69 del proyecto, consecuente con la orientación de dicha política criminal no establece ninguna

excepción al respecto y amplía, por el contrario, el instituto penal de la condena de ***ejecución condicional a todos los condenados, sin discriminación en cuanto a la*** *naturaleza del hecho punible, o al interés jurídico tutelado. Simplemente condiciona su viabilidad al cumplimiento de los requisitos en él establecidos, relativos a la calidad y cantidad de la pena impuesta y a factores de orden objetivo y subjetivo de razonable valoración, que lleven al juzgador a suponer fundadamente que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.*

Luego, si el criterio o regla general que orientó esta materia fue el de la amplitud, cualquier excepción que se hubiese querido crear o conservar debería haber sido ***explícitamente establecida. Como no lo fue, ha de entenderse que no existe, y forzoso es*** *concluir que la prohibición que contenía el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943, si es que todavía se dudase de su tácita derogatoria por parte de la Ley 16 de 1969, no tiene validez legal frente a la orientación filosófica del nuevo código en relación con el tema, y en presencia de lo que él preceptúa en su artículo 376, de acuerdo con el cual solo siguen rigiendo aquellas leyes penales especiales que no se opongan a lo dispuesto en él. Esto es, que no contraríen sus ordenamientos y postulados, ni desconozcan sus orientaciones filosóficas o doctrinarias, ni sus finalidades.*

Cabe recordar que en los anteproyectos del Código Penal correspondientes a los años de 1974 y 1978, y que constituyen antecedente obligado del actual estatuto por disposición de la ley que facultó al Gobierno para expedirlo (Ley 5ª de 24 de enero de 1979), tampoco se establecieron ni conservaron excepciones específicas en materia de otorgamiento del subrogado penal motivo de estudio.

Por último, *debe anotarse que, en materia sustantiva, el nuevo Código Penal reglamentó íntegramente la materia atinente al subrogado que viene comentándose, de donde ha de entenderse derogada, también, por este modo, la prohibición contenida en el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 (Ley 153 de 1887, art. 3°).*

Despejado el aspecto atinente a la vigencia de la norma, y como consecuencia de la conclusión a que ha llegado también la Sala de que está derogada, tiénese que manifestar que el recurrente probó en debida forma lo que le correspondía acreditar como apoyo de su censura al fallo, o sea, que el mencionado artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 que vedaba la concesión de la condena de ejecución condicional a los condenados por hurto o robo sobre ganado, carece hoy de validez jurídica.

Como el Tribunal se basó exclusivamente en la vigencia de esa disposición para negar el subrogado penal a Mercado Carvajal, sin haber hecho consideración diferente, como pudo haber sido la de no reunir los requisitos exigidos pero su concesión, al impugnante no le correspondía comprobar, como parte del cargo, que sí los reúne, presupuesto que, por lo demás, está implícito en su disentimiento del fallo en cuanto a ese aspecto.

.....

Como consecuencia del otorgamiento del subrogado penal, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura a que alude la sentencia impugnada.

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

RESUELVE

1° CASAR parcialmente la sentencia recurrida.

2° Suspender, en consecuencia, por un período de cuatro años, la ejecución de la sentencia y disponer que el beneficiado con este subrogado penal, señor Laureano o Ramiro del Cristo Mercado Carvajal, constituya fianza por valor de cincuenta mil pesos ($50.000.00), para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 69 del Código Penal.

La caución deberá depositarse a nombre del Juzgado Penal del Circuito de Cereté, por ser este el Juzgado de conocimiento, y ante el mismo despacho se asentará la diligencia de compromiso.

3° Disponer la cancelación de las órdenes de captura a que se refiere el fallo recurrido.

4° Ordenar la expedición de copias con el destino indicado en la parte motiva.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Carlos Upegui Zapata, Conjuez, *Darío Velásquez Gaviria.*

José H. Velásquez Ramos
Secretario.

1º VEREDICTO - INDICACION DE CIRCUNSTANCIAS DIVERSAS

Cuando el jurado estime que el hecho fue cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario así lo indicará y en su interpretación se atenderán en su exacta dimensión.

2º IRA O INTENSO DOLOR

No es la ira o el intenso dolor la circunstancia que, según el artículo 60 del C. P., permite la disminución de la pena, sino la presencia de alguno de esos estados cuando han tenido origen en un comportamiento ajeno, grave e injusto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta No. 81 de septiembre 3 de 1985.

Bogotá, D.E., 4 de septiembre de de 1985.

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en contra del procesado Alirio Cáceres Fonseca, a quien impuso la pena principal de dieciséis años de prisión por el delito de homicidio.

HECHOS

Con sujeción a la realidad procesal fueron narrados por la fiscalía de la siguiente manera:

"Apaciblemente vivían en Comodoro (Santander) desde cuando se casaron, en septiembre 20 de 1975, la pareja formada por María Helena Amaya Saavedra y Alirio

Cáceres Fonseca, y todos los convecinos y demás personas que los conocieron, los calificaba como un matrimonio modelo, hasta cuando se vino a interrumpir esta paz hogareña por los celos infundados de Alirio para con su cónyuge María Helena, porque creía que el individuo Francisco Moreno Durán, visitador de la Caja Agraria de esa población, podría estar pretendiendo a su esposa, lo cual dio como resultado una serie de desavenencias y de reclamos del acusado para con la víctima.

"El domingo 25 de abril de 1982, aproximadamente a las cuatro de la tarde, y una vez regresaron del mercado, el acusado preguntó en su casa al joven Aldemar Cáceres Rivera dónde estaba su esposa, y éste le contestó que se había ido a apartar o separar los terneros en el potrero de propiedad de Angélica Gallo que tenía en arriendo para sus vacunos, y al pasar por un cafetal, observó que María Helena estaba hablando con Francisco Moreno Durán y de inmediato les hizo tres disparos sin herir a ninguno de los dos, quiso perseguirlos, pero desistió de su acción.

"Regresó de inmediato a su casa de habitación ubicada en la carrera 6ª Número 3-40 del perímetro urbano de Coromoro y recalzó de inmediato su arma (un revólver marca Smith Weson), habiendo llegado la señorita Alix Perea Rivera y al inquirir por María Helena la llevó a la sala y le contó que estaba desesperado porque su esposa le había sido infiel con Francisco Moreno Durán, diciéndole Alix que eso no podía ser posible, dada la seriedad, la honestidad, y la moralidad de María Helena y que pensara y reflexionara antes de desencadenar una tragedia, que pensara en sus cuatro hijitas (todas infantes menores de 5 años), cuando apareció la señora María Helena Amaya Saavedra y suplicante con sus manos le alcanzó a decir 'papi' recibiendo el primer disparo y ambas mujeres quisieron impedir que continuara la acción, pero Alirio disparó dos veces más hiriéndola mortalmente en la región sub-nasal izquierda y en el pómulo izquierdo, cayendo sentada en un sillón de la sala y expirando en contados segundos en brazos de su amiga Alix Perea Rivera.

"De inmediato llegaron unidades policivas que habían sido llamadas previamente por el mismo Alirio Cáceres Fonseca, por intermedio de un niño que le llevó la razón a los policiales y capturado fue despojado y decomisada el arma homicida".

Actuación procesal

Inició la investigación el Juez Promiscuo Municipal de Coromoro (Santander) y dentro de ella recibió la indagatoria de Alirio Cáceres Fonseca, quien fue detenido preventivamente por auto del 30 de abril de 1982.

Perfeccionada la investigación se envió la actuación al Juez Segundo Superior de San Gil que dispuso su cierre el 21 de octubre de 1982. Ese mismo despacho judicial calificó el mérito del sumario el 25 de noviembre del mismo año, providencia dentro de la cual dispuso abrir causa criminal en contra del sindicado por el delito agravado de homicidio, a más de que rechazó expresamente la presencia de la específica circunstancia de atenuación prevista en el artículo 60 del Código Penal.

El primero de febrero de 1984 se inició la diligencia de audiencia pública. Dentro de ella el fiscal pidió el pronunciamiento de un veredicto condenatorio; no solicitó expresamente el reconocimiento de la circunstancia específica de atenuación punitiva prevista en el artículo 60 del Código Penal, aun cuando señaló que aceptaría

el veredicto que en tal sentido se produjera. Tanto el vocero como el defensor pidieron, entre otras respuestas, que se reconociera el estado de ira grave e injustamente provocado, más exactamente, el defensor solicitó una cualquiera de las siguientes respuestas, cuyo texto pasó por escrito a los integrantes del jurado: a) "Sí la mató pero no es responsable"; b) "Sí pero con la convicción errada e invencible de que el acto era justificado"; y, c) "Sí pero en estado de ira e intenso dolor por comportamiento ajeno, grave e injusto". Por su parte, el representante de la parte civil solicitó una respuesta afirmativa, e hizo énfasis en su intervención para señalar que no concurría la causal de atenuación a que se ha hecho referencia.

El cuestionario sometido a la consideración de los jueces de conciencia y su respuesta, fueron del siguiente tenor:

"El acusado Alirio Cáceres Fonseca, de anotaciones personales y civiles conocidas en autos, es culpable, sí o no, de haber ocasionado en el cuerpo de su legítima esposa María Helena Amaya de Cáceres, las heridas de arma de fuego (revólver) descritas en el dictamen de necropsia visible al folio 20 del expediente, heridas que produjeron la muerte de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente con intención de matar, y consumado en el perímetro urbano de Coromoro en las horas de la tarde del veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y dos.

"Sí pero en estado de ira".

El Juzgado del conocimiento dictó la sentencia de primera instancia el 16 de febrero de 1984. En ella condenó al procesado Cáceres Fonseca a la pena de dieciséis años de prisión a más de que en la parte motiva aclaró que no era del caso aceptar la diminuente de la ira por cuanto el jurado no había señalado que ese estado emotivo hubiera tenido ocurrencia por comportamiento ajeno grave e injusto, elementos indispensables para la estructuración de la atenuante; tampoco los hechos permitían inferir el comportamiento grave e injusto requerido y finalmente, en el debate público la parte civil dio razones para que no se reconociera dicho estado, a la vez que el defensor como conclusión de su intervención, presentó por escrito la fórmula en que demandaba, entre otras, la concesión de la circunstancia prevista en el artículo 60 del C. Penal, de modo que si los jueces populares no reprodujeron el texto escrito que tenían en su poder fue porque aceptaron la existencia de una ira simple, pero no de la ira originada en provocación grave e injusta, que es la que tiene efectos modificadores de la pena.

El 28 de septiembre de 1984 el Tribunal Superior de San Gil confirmó integralmente la sentencia condenatoria que se dejó relacionada y en ella destacó que el jurado no había reconocido la atenuante del artículo 60 del C. Penal, por razones idénticas a las consignadas por el juzgador de primera instancia. Contra esta determinación se interpuso el recurso que ahora se decide.

La demanda de casación

El señor representante judicial del condenado demanda la casación de la sentencia de segunda instancia con apoyo en la causal segunda del artículo 580 del C. de P. Penal, por cuanto estima que aquélla se dictó en desacuerdo con el veredicto.

Estima el recurrente que cuando los miembros del jurado de conciencia afirmaron la responsabilidad del procesado, pero agregaron que había actuado dentro de un estado de ira, reconocieron la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 60 del Código Penal. Si bien es verdad que no calificaron ese estado de ira ni señalaron expresamente que hubiera sido ocasionado por comportamiento ajeno grave e injusto, los hechos del proceso destacan estos elementos, pues ocurrieron cuando el procesado sorprendió a su legítima esposa con un tercero, en actitud que éste entendió como de infidelidad conyugal.

Si los miembros del jurado incluyeron la ira en su respuesta es obvio que lo hicieron para que influyera en la sentencia; además, es bien sabido que los jueces de hecho no son conocedores de materias jurídicas, de suerte que no puede exigirse de ellos rigor y precisión en los conceptos jurídicos. En apoyo de sus pretensiones recuerda una sentencia de esa Sala del 31 de mayo de 1983, en la cual se reconoció la antedicha atenuante con base en un veredicto similar al pronunciado en la causa que se examina. Pide, por tanto, que se case el fallo recurrido y en su lugar se profiera sentencia teniendo en cuenta la comentada circunstancia de atenuación punitiva.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal parte del supuesto de que los hechos ocurrieron cuando el procesado se hallaba presa de la ira y de este tema se ocuparon los distintos funcionarios a cuyo cargo estuvo el proceso, como los apoderados de las partes quienes tuvieron la oportunidad de pedir que se incluyera la específica atenuante en el auto enjuiciatorio a más de que en el debate público demandaron una respuesta acorde con sus pretensiones.

Destaca el hecho de que el defensor, al término de la audiencia pública, pasó por escrito la respuesta que debían dar los jurados en el caso de que aceptaran la atenuante, para concluir con la aseveración de que si dejaron incompleta la fórmula, ello obedeció a que el jurado no halló en el comportamiento de la víctima las calidades de grave e injusto, como lo destacaron el representante de la sociedad y el apoderado de la parte civil. Y agregó: "En verdad que a los miembros del jurado popular no puede exigírsele el empleo de expresiones técnicas o frases sacramentales, como también lo dice la Corte, pero cuando ellas se insinúan y entregan por escrito, completar con amplitud y largueza un veredicto como lo pretende el recurrente, implicaría que en busca del genuino pensamiento de aquéllos se le tergiversaría lamentablemente, con riesgo de contraevidencia, materia propia de las instancias".

Como encuentra que el cargo formulado es improcedente, pide que se desestime el recurso interpuesto.

Consideraciones de la Sala

De acuerdo con el mandato del artículo 519 del C. de P. Penal, en los procesos que se adelantan con la intervención del jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél hubiere dado en relación con los hechos sobre los cuales versó el debate. Agrega, por su parte, el artículo 535 del mismo ordenamiento, que los jurados deberán responder simplemente, en forma afirmativa o negativa, sobre la responsabilidad del procesado, pero cuando estimen que el hecho fue

cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán indicarlo así brevemente en la respuesta.

Las adiciones que pueden hacer los miembros del jurado en el veredicto que les corresponde emitir, pueden ser de la más variada índole y en algunos casos precisar su alcance y significado resulta tarea dispendiosa, pues en la medida en que ellas tengan significación jurídica y no se trate de cláusulas intrascendentes o que invadan campos reservados al juez de derecho, deben ser atendidas en su exacta dimensión. Por esta razón repetidamente ha señalado esta Sala que el juez de derecho al interpretar el veredicto debe proceder con sumo cuidado, a fin de que la base de la sentencia sea realmente la respuesta del jurado y no la interpretación que de ella haga libremente el juzgador, pues por la vía de una amplia interpretación la voluntad del funcionario sustituiría a la de quienes en estos casos están llamados a dar los supuestos necesarios de la sentencia.

En el caso que se examina, los miembros del jurado ante un cuestionario por un delito de homicidio agravado contestaron "sí pero en estado de ira", lo que ha llevado al recurrente a la aseveración de que al procesado se le concedió la específica circunstancia de atenuación punitiva contenida en el artículo 60 del C. Penal, desconocida en la sentencia cuya casación impetra.

El legislador colombiano ha reconocido que cuando el hecho se comete en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, se disminuirá la pena en la proporción señalada en el artículo 60 del C. Penal. Por su parte el artículo 64 del mismo estatuto consagra como circunstancia genérica de atenuación punitiva el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso. Esto es, que para la ley vigente la situación emocional en que se encuentre el agente al momento de la comisión del ilícito, debe ser correctamente evaluada y será tenida en cuenta en favor del procesado en los términos de las disposiciones citadas.

En este orden de ideas, la específica circunstancia de atenuación del artículo 60 no opera por el simple hecho de que el sujeto haya actuado movido por la ira, pues el derecho solamente puede valorar positivamente las conductas humanas que tienen una motivación que la justifique, ya que si así no fuera la diminuente tendría que ser aplicada a las personas irascibles que carecen de frenos inhibitorios que les permitan controlar su comportamiento en forma adecuada. De manera que no es la ira o el intenso dolor del agente lo que permite una rebaja de pena, sino la presencia de alguno de esos estados cuando han tenido origen en un comportamiento ajeno grave e injusto.

A juicio del impugnante, sin embargo, los miembros del jurado popular concedieron la aludida causa de atenuación, pues los hechos procesales dan lugar a esa consideración y, a los jueces populares no puede pedírsele el empleo de fórmulas sacramentales pues no son personas versadas en la ciencia del derecho. Encuentra, por lo tanto, que un adecuado entendimiento de la veredicción debe conducir a estimar sus pretensiones.

No hay la menor duda, y así lo han entendido todos los funcionarios que se han ocupado del estudio del proceso que el procesado actuó dentro de un estado de ira. No obstante, a excepción de la defensa, tanto los funcionarios que han conocido de la actuación como las personas que intervinieron en el debate público, notaron de

manera enfática que esa diminuente tuviera existencia, de modo que la respuesta que se analiza no tiene la univocidad que pretende el casacionista, para de ella deducir de manera incontrovertible la pretendida causa de atenuación.

Razones de diversa índole llevan a la conclusión de que los jueces populares aceptaron la existencia de la ira pero deliberadamente omitieron las cualificaciones pedidas por la defensa. En efecto, los hechos del proceso permiten inferir que el procesado fue presa de la ira cuando vio que su esposa conversaba con un hombre; no obstante, de acuerdo con testimonios de los allegados se trataba de celos completamente infundados, pues aquella era persona de reconocida honorabilidad, a más de que el hecho desencadenante del estado emocional no representaba de suyo comportamiento que pudiera calificarse de grave e injusto. De otra parte los miembros del jurado conocieron el auto de proceder en el cual no se desconocía el estado de ira, pero se enfatizaba en la ausencia de motivación que la explicara. Así mismo, debe destacarse que el representante de la parte civil, dentro de la audiencia pública, dio razones atendibles para que no se aceptara la existencia de un homicidio atenuado y, por último, es sabido que la defensa pidió que en la veredicción se aceptara la existencia de la circunstancia prevista en el artículo 60 del C. Penal, y con tal fin entregó por escrito la respuesta sugerida, de manera que si no se incluyó en ella la motivación del comportamiento ajeno grave e injusto que aparecía en el escrito entregado, fue porque el jurado estimó que tal circunstancia no podía ser reconocida.

Las consideraciones precedentes llevan a estimar que el veredicto fue correctamente interpretado por los jueces de derecho pues no hay elementos de juicio que permitan inferir que al procesado le fuera reconocida la atenuante específica; sin embargo, la adición que aparece en la respuesta está contemplada como circunstancia genérica de atenuación y en tal sentido se tomó en la sentencia que se revisa. En consecuencia, la sentencia se dictó en armonía con la respuesta, de modo que el cargo formulado no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en 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 impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, José H. Velásquez R., Secretario.

ABOGADO
Ejercicio de la profesión

La solicitud anticipada de práctica de pruebas responde a una prudente expectativa y no constituye, en sí misma y por sí sola, ejercicio de la profesión de abogado.

La Corte reitera su tesis en autos del 13 de septiembre de 1984 y 28 de agosto de 1985.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado Acta No. 84.

Bogotá, D. E., 10 de septiembre de 1985.

VISTOS

Concluida la etapa de indagación preliminar adelantada con base en la denuncia formulada por el Director de la Caja Nacional de Previsión Social, seccional del departamento de Sucre, doctor César González Petano, contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas por falso testimonio, fraude procesal, asesoramiento y otras actuaciones ilegales, corresponde decidir si es el caso de abrir o no investigación penal en su contra.

ANTECEDENTES

1° El doctor Armando de Jesús Vergara en su condición de funcionario de la Rama Jurisdiccional, afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, seccional Sucre, solicitó en dos oportunidades el reconocimiento y pago de cesantía parcial con el objeto de adquirir vivienda.

La primera vez lo hizo en su carácter de Juez Tercero de Instrucción Criminal, radicado en Sincelejo, mediante solicitud de primero de febrero de 1976, y acompa-

ñó, entre otros documentos, la promesa de compraventa suscrita con la señora Amada Bustillo Diago, sobre una casa de habitación del sector urbano de la ciudad de Corozal.

La Oficina Seccional de la Caja Nacional de Previsión, con fundamento en los documentos aportados por el peticionario, expidió la Resolución de Reconocimiento No. J-000222 de 2 de junio del citado año, con fundamento en la cual, una vez notificada, promovió aquél ante el Juzgado Unico Laboral del Circuito de Sincelejo, proceso ejecutivo laboral contra la Caja, habiendo obtenido por este medio el pago de la cesantía reconocida (fls. 2 a 24, 48 y 86 a 103 del cuaderno principal).

2° El 3 de agosto de 1983, siendo Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo, solicitó por segunda vez el reconocimiento y pago de cesantía parcial con el fin de adquirir vivienda y en esta ocasión acompañó, entre otras pruebas, la promesa de compraventa suscrita en Corozal el primero de junio del mismo año, con el señor Rafael Cárdenas Bustillo sobre una casa de habitación de la carrera 29 No. 27-27 de esta ciudad, por valor de $1.700.000.00 y las declaraciones rendidas por las partes contratantes respecto de la veracidad y cumplimiento de la promesa de venta (Fls. 26, 36, 38 y vto., 106, 116 y 118 *ibidem*).

Con base en los documentos presentados con la solicitud, la Caja Seccional de Previsión de Sincelejo dictó la Resolución No. J-000259 de 12 de septiembre de 1983, en la cual reconoció al doctor Vergara Cárdenas la suma de $1.812.209.77 por concepto de cesantía parcial (Fls. 42 y 122 *ibidem*).

3° El 23 de septiembre del citado año, el doctor Vergara Cárdenas pidió al Juez Civil Municipal (reparto) de Sincelejo una inspección judicial en las oficinas de la Caja Seccional de Previsión con el objeto de establecer la existencia de la ameritada resolución de reconocimiento, su notificación y ejecutoria. La diligencia fue decretada y se practicó por el Juzgado Segundo Civil Municipal de esa ciudad el 27 de los mismos mes y año, en la que se dejó expresa constancia sobre la notificación de la resolución al beneficiario y se autorizó fotocopia con destino a él (Fls. 144 a 147 del cuaderno principal). Con ese documento promovió el doctor Vergara Cárdenas ante el Juzgado Unico Laboral del Circuito y mediante apoderado judicial, nuevo proceso ejecutivo laboral contra la Caja, el cual finalizó por pago de la obligación (Fls. 141 a 170 *ibidem*).

4° Estimó el denunciante que el funcionario acusado había incurrido en los delitos imputados por haber solicitado en dos oportunidades el reconocimiento y pago de cesantía parcial con el objeto de adquirir vivienda, valiéndose para ello de maniobras engañosas destinadas a eludir el trámite establecido en estos casos, el cual consiste en la presentación, por parte del vendedor del inmueble, una vez en firme la resolución de reconocimiento, de la correspondiente cuenta de cobro y copia de la escritura de venta debidamente registrada. En el presente caso recalca también el denunciante que los presuntos vendedores Amada Bustillo (ya fallecida) y Rafael Cárdenas Bustillo eran tíos del inculpado.

Igualmente consideró que la Resolución No. J-000259 del 12 de septiembre de 1983 no se encontraba debidamente ejecutoriada, por no aparecer "legalmente notificada al interesado, por carecer de fecha de notificación" y no haber sido

refrendada y revisada para su pago por los funcionarios competentes de la Contraloría General de la Nación ante la Oficina Seccional de la Caja Nacional, a pesar de lo cual, se hizo constar que sí lo estaba, en diligencia de inspección judicial pedida por el denunciado y practicada por el Juez Segundo Civil Municipal de Sincelejo, doctor Ramiro Pérez Barbosa, primo hermano de la esposa del peticionario, resolución que fue tenida como título ejecutivo por el Juez Unico Laboral del Circuito, doctor Carlos Isaac Nader, elegido para tal cargo por el Magistrado Vergara Cárdenas. Agregó el denunciante que el hecho de haber solicitado el doctor Vergara Cárdenas la práctica de una inspección judicial para preconstituir la prueba de la obligación es constitutivo de infracción penal y disciplinaria. Concluye manifestando que, con fundamento en viciada e irregular resolución de reconocimiento, se condenó a la Caja Nacional de Previsión al pago de intereses y honorarios profesionales, sin que el beneficiario de la prestación reconocida hubiese cumplido la finalidad perseguida, cual era la de adquirir su propia vivienda (Fls. 46 y 136 *ibidem).*

5° Por razones de fuero, se dispuso compulsar copia de lo pertinente con destino al Tribunal Superior de Sincelejo a fin de que adopte las determinaciones del caso en cuanto a los cargos formulados al doctor Vergara Cárdenas y relacionados con el primer cobro parcial de cesantía cuando se desempeñaba como Juez de Instrucción Criminal, y también respecto de los atribuidos a los Jueces Segundo Civil Municipal y Unico Laboral del Circuito de Sincelejo (Fls. 65 y 66).

6° Oídos en declaración los señores Jorge Luis Mesa Núñez, Gustavo José Troncoso y Aida Fernández de Gómez (Fls. 132, 134 y 138), Revisores y Revisora Delegada de la Contraloría General ante la Caja Nacional de Previsión en Sucre, respectivamente, coincidieron en afirmar que en dicha dependencia no existe el cargo de Auditor Fiscal, que las funciones de revisión y auditaje corresponden a la revisoría delegada y que cualquiera de ellos podía revisar y autorizar una Resolución de Reconocimiento de cesantía. La señora Fernández de Gómez manifiesta que el 12 de septiembre de 1983, en su carácter de Revisora Delegada fue llamada por la Directora de la Oficina Seccional de la Caja para revisar la resolución de reconocimiento No. J-000259, lo que hizo colocando su firma en la parte del formato que dice "Auditor".

7° Llamado a declarar el señor Rafael Cárdenas Bustillo (Fl. 126 del cuaderno principal) manifestó que la promesa de venta celebrada con el denunciado no se convirtió en escritura pública "porque al principio de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, al vencimiento del contrato, el doctor Vergara me pidió que le diera una prórroga de un mes más, porque no le había llegado la plata de la liquidación parcial de cesantía que tenía pendiente en la Caja Nacional de Previsión, posteriormente a principios de diciembre del mismo año, el doctor Vergara me pidió que prescindiéramos del contrato porque se le había presentado una oportunidad mejor de comprar los derechos de sus cuñados de una casa de habitación lo que consideré que era justo, porque era una mejor vivienda aquella de la que yo le ofrecía, además el doctor Vergara me canceló lo estipulado en la cláusula penal de dicho contrato y todo pues quedó arreglado".

8° El doctor Armando Vergara Cárdenas hizo llegar con destino a las presentes diligencias y por conducto de la funcionaria instructora, fotocopia autenticada de la

escritura pública No. 66 de 8 de febrero de 1984, otorgada en la Notaría Unica del Círculo de Corozal, en la que figura comprando derechos y acciones a los señores Carmen Ana Pérez de Corrales, Marlem Josefina Pérez de Palacio y Remberto Pérez Merlano sobre una casa de habitación del sector urbano de esa ciudad, por la suma de quinientos mil pesos. En su escrito dice que reside en esa casa desde el mes de julio de 1982, lo cual explica, como él lo dice, la causa por la cual incumplió la promesa de contrato que había firmado con el señor Rafael Cárdenas Bustillo, pues resultaba "más favorable la adquisición de los derechos del inmueble de que trata dicha escritura". También acompañó el certificado de registro expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de dicha población (Fls. 179 a 183 *ibidem*).

Consideraciones de la Corte

Es de competencia de esta Sala examinar la conducta asumida por el Magistrado denunciado respecto del reconocimiento y cancelación de la cesantía parcial a que se contrae la Resolución No. J-000259 de 12 de septiembre de 1983, pues lo referente a similares hechos que se le atribuyen cuando ejercía el cargo del Juez Tercero de Instrucción Criminal, radicado en Sincelejo, corresponde, por competencia, al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

De los elementos de convicción allegados al informativo resulta claro que el doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas tenía derecho a percibir, por concepto de cesantía parcial, la suma que le fue reconocida en la mencionada resolución con destino a compra de casa de habitación. Ese reconocimiento le fue hecho mediante resolución que aparece revisada y firmada por la persona que hacía las veces de auditor fiscal, autorizada, también, por la Directora de la Oficina Seccional de la Caja Nacional de Previsión Social, quien igualmente la suscribe y por el "jefe Depto. Jurídico". Además fue notificada personalmente al beneficiario, al parecer el mismo día en que fue expedida (Fl. 42).

Transcurridos más de cinco días hábiles, a partir de la notificación personal al interesado sin que éste hubiere interpuesto contra la ameritada resolución, por la vía gubernativa, los recursos de reposición o apelación (artículos 13 y 14 del Decreto número 2733 de 1959), solicitó inspección judicial como prueba anticipada y, con base en ella, mediante apoderado especialmente constituido, promovió su pago por la vía coactiva ante el Juzgado Unico Laboral del Circuito de Sincelejo, despacho que reconoció mérito ejecutivo a la copia compulsada y libró, con fundamento en ella, orden de pago contra la entidad demandada (Fl. 151 del cuaderno principal).

Vencido el plazo estipulado en la promesa de venta sin que el promitente comprador hubiera recibido de la Caja Nacional de Previsión Social o del Juzgado Laboral del Circuito el valor de la cesantía reconocida, y ante la perspectiva de una mejor opción de compra, acordó el doctor Vergara Cárdenas con el promitente vendedor dar por terminado el contrato, con reconocimiento a título de indemnización, de la suma pactada como cláusula penal (Fls. 126 y 179 *ibidem*).

Afirma el denunciante que la promesa de venta presentada por el inculpado para gestionar el pago de cesantía parcial fue suscrita con un tío suyo, el señor Rafael Cárdenas Bustillo, negociación a la que le estaba reservado un trámite tributario

especial, pero de los elementos de juicio aducidos al expediente no resulta establecido tal vínculo de parentesco y, en el caso de existir, no constituiría motivo de inhabilidad o incapacidad para celebrar el contrato de venta, según los términos de los artículos 1851 y 1852 del Código Civil. Trataríase en esta última hipótesis de una presunción legal de donación entre vivos, al tenor del artículo 66 numeral primero de la Ley 63 de 1936, que admitiría prueba en contrario. Dicho acto dispositivo no se realizó, a la postre, por las razones anotadas.

También sostiene que la resolución que reconoció la prestación social debida al denunciado no se encontraba ejecutoriada ni producía efectos legales por indebida notificación al beneficiario e inobservancia u omisión de formalidades de tipo fiscal exigidas para su validez, aunque admite que para la época de su expedición no existía el cargo de auditor sino el de revisor en la Oficina Seccional de la Caja (Fl. 137). Sin embargo, de los documentos aportados y de los testimonios recibidos se colige que la cuestionada resolución formalmente aparece expedida con el lleno de las exigencias echadas de menos y se encontraba ejecutoriada por no haber sido protestada, en término, por el interesado a través de los medios de impugnación establecidos en la ley.

Lo referente al mérito que prestara esa resolución para servir o no de apoyo a un mandamiento de pago era algo que correspondía calificarlo de modo exclusivo al Juez Laboral ante el que lo presentó como título ejecutivo, funcionario que optó por tenerlo como tal, descartando la existencia de cualquier condición suspensiva que impidiera su exigibilidad. La orden de pago fue notificada personalmente a la Directora General de la Caja Nacional de Previsión Social, quien constituyó apoderada para que representara a la Entidad. Si no se le reconoció personería fue por la indebida presentación del poder (Fls. 151, 162, 163 y 167 del cuaderno principal).

Cabe observar que el doctor Vergara Cárdenas terminó dando a los dineros que la Caja le liquidó la destinación final que les correspondía, pues con ellos adquirió para sí casa de habitación, aunque la negociación no se hubiese adelantado con la persona vinculada a la promesa de contrato que motivó la petición, ni por el mismo valor contenido en ella.

No cabía exigírsele al acusado la devolución a la Entidad liquidadora del saldo de lo invertido en la compraventa, pues se trataba de dineros de su propiedad que ya habían salido del presupuesto de la Caja.

El mecanismo de control sobre su exacta inversión se vio obstaculizado debido al procedimiento de la Caja al no pagar oportunamente la suma ya reconocida.

El doctor Vergara vino a recibirlos por intermedio del Juzgado y como consecuencia del juicio que, a su nombre adelantó su apoderado.

El segundo aspecto de *la acusación se refiere a la petición que el doctor Vergara Cárdenas formuló al Juzgado Civil Municipal (reparto) de Sincelejo para que se practicara, a manera de prueba anticipada, una inspección judicial en las dependencias de la Caja Nacional de Previsión de esa ciudad, actitud en la que ha pretendido ver el denunciante la comisión, por parte del doctor Vergara, de un posible delito de asesoramiento ilegal (artículo 157 del C.P.).*

El texto de dicha petición es el siguiente:

"Señor Juez Civil Municipal (turno). E.S.D. Armando Vergara Cárdenas, mayor de edad, portador de la cédula de ciudadanía No. 3834328 expedida en Corozal, residente en esta ciudad, en forma atenta me permito solicitar a usted se sirva practicar diligencia de inspección judicial en las oficinas pertinentes de la Caja Nacional de Previsión Social de Sincelejo, cuya directora es la doctora Maggie Urueta, con el objeto de establecer lo siguiente: si en esa entidad existe una resolución por medio de la cual se me hace una liquidación parcial de cesantía, en mi carácter de funcionario de la Rama Jurisdiccional y en caso afirmativo, verificar fecha y número de la resolución, la suma de dinero reconocida, si está notificada y fecha de la notificación.

"Así mismo solicito que a mi costa tome copia o fotocopia auténtica de la citada resolución y se me haga entrega de la misma. Renuncio notificación y ejecutoria de providencia favorable. Cordialmente (Fdo) Armando Vergara Cárdenas" (subrayas fuera de texto) (Fl. 144, *ibidem*).

La práctica de las pruebas anticipadas tiene lugar, como lo dice el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, "cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande", o sea que su ámbito es, obligadamente, pre-procesal. Y cuando esa prueba consiste en una inspección judicial, ella puede ser solicitada "con citación de la presunta contraparte o sin ella", como lo preceptúa el artículo 300 del mismo estatuto.

Como puede observarse del contenido del escrito por medio del cual pidió el doctor Vergara la práctica de la inspección judicial, ésta fue solicitada sin intervención de la presunta contraparte, o sea que no quería ni buscaba controversia, y la finalidad perseguida no era otra que la comprobación de aspectos de apreciación puramente objetiva, que alejaban también toda posibilidad de contención.

La actividad vinculada a la solicitud de práctica de pruebas anticipadas no constituye, en sí misma y por sí sola, ejercicio de la profesión de abogado. Responde a una actitud de prudente expectativa, bien para promover y sostener posteriormente un juicio, o para precaverlo. No existe controversia judicial, ni se responde a pretensiones de otra parte. Es más, es que ni siquiera se puede hablar de la existencia de partes, en el sentido técnico-jurídico de la expresión.

Lo que prohibe la ley al empleado oficial es el ejercicio de la abogacía, por ser incompatible con su cargo, como se desprende de disposiciones tales como el artículo 160, inciso cuarto de la Constitución Política, 39, ordinal primero de los Decretos números 196 de 1971 y 163, ordinal segundo del Decreto número 1660 de 1978.

En relación con este tema expresó la Sala en auto de 28 de agosto del presente año, con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía:

"El concepto de 'ejercicio de la profesión de abogado' en suma, tiene en nuestro sistema jurídico un preciso significado proveniente de las disposiciones aludidas, tal ejercicio está referido, en principio, a las actuaciones reservadas a las personas que han obtenido el título universitario de abogado y tienen vigente su tarjeta profesional,

pero comprende igualmente las actividades de litigio que excepcionalmente la ley autoriza a personas que no cumplen los mencionados requisitos.

Fijando el ámbito de lo prohibido en este terreno, había dicho también la Corporación lo siguiente, en providencia de 13 de septiembre de 1984 con ponencia del doctor Fabio Calderón Botero:

"La Jurisprudencia reconoce que estos funcionarios o empleados públicos no pueden intervenir por sí mismo en asuntos donde exista o pueda hipotéticamente existir controversia entre partes como acontece en los juicios civiles, laborales, penales o administrativos. En consecuencia, están facultados para formular peticiones dentro de un diligenciamiento prestacional de carácter oficial y en asuntos puramente administrativos o fiscales donde no hay ni puede haber disputa de intereses entre partes. De lo contrario deben constituir apoderado.

"En el caso presente no puede negarse que existió controversia entre partes para ventilar los intereses encontrados de quienes pidieron la devolución de cánones de arrendamiento y el procesado, dentro del procedimiento administrativo estatuido por la Ley para ese específico menester. No hay duda que aquéllos presentaron pretensiones opuestas a este último, conformando por ese modo dos partes contrarias en disputa de un derecho sobre un excedente en el monto de los cánones cobrados y percibidos por el arrendador y dueño del inmueble respectivo, doctor N.N., quien intervino para abogar en su propio nombre, como efectivamente lo hizo, hasta el final".

Respecto del alcance del derecho de petición manifestó la Sala lo que sigue, en sentencia del 17 de junio de 1980 (Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto):

"Intimamente relacionado con el derecho de defensa, se encuentra el de petición que puede ejercitarse, ciertamente, dentro de un proceso, pero también fuera de él, debiendo distinguirse la facultad que tienen las partes en un juicio de ejercer los derechos que la ley les concede en su carácter de tales, de la que tienen todas las personas de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones respetuosas consagrada por el artículo 45 de la Constitución Nacional y que reglamentan varias normas legales.

"Pertenece esta última, como lo dice la disposición constitucional citada, a todos y se ejercita, según se expresa en el mismo artículo 'ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular'.

"Su ejercicio no implica, en forma alguna, litigación. No se pone en acción en situaciones de contención aun cuando se haga, algunas veces, dentro de diligencias que no implican enfrentamiento de partes o de intereses en litigio.

"De ahí que mientras el derecho de defensa sólo puede ejercerse directamente por un funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público dentro de un proceso penal seguido en su contra en tanto que para toda otra clase de litigios debe constituir apoderado, el de petición puede ejercerlo en forma personal en cualquier oportunidad no contenciosa.

"Les es posible, por ejemplo a dichos funcionarios formular peticiones dentro de un diligenciamiento de prestaciones sociales, o para asuntos puramente administrativos o fiscales, siempre y cuando, se repite, que no se trate de juicios laborales, ni administrativos ni fiscales, casos, estos últimos, en que deben constituir apoderado.

"De no ser así incurrirán en las sanciones previstas por el tantas veces citado artículo 179 del Código Penal" (157 del nuevo Código Penal, precisa la Sala).

Lo anterior está corroborado por lo que disponía el Decreto número 2733 de 1959 en su artículo 7°, norma vigente cuando ocurrieron los hechos.

Y respecto de la finalidad perseguida por el legislador al erigir en delito el comportamiento del empleado oficial que realiza actos configuradores de ejercicio de la abogacía, se dijo en esa misma providencia:

"Se trata, como lo ha dicho la Sala, de la independencia de la administración pública y la rectitud del comportamiento oficial, en cuanto los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público no deben intervenir en asuntos en que se debaten intereses enfrentados, echando el peso de la autoridad en favor de una de las partes. Porque la intervención de quien está investido de tales funciones oficiales, rompe al necesario equilibrio que debe haber, en esos casos, entre las partes.

"Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por lo tanto, posibilidad de que se perturbe una situación de igualdad, no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que exista el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal" (Las subrayas no son de los textos).

El señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial ordenó, en la Resolución número 009 de 31 de julio del presente año, por medio de la cual acusó disciplinariamente ante la Corte al doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas por el mismo hecho de haber solicitado la práctica de la inspección judicial en las dependencias de la Caja Nacional de Previsión Social, Seccional de Sucre, el envío a ésta de copia de toda la actuación para los efectos penales a que hubiere lugar.

En dicha resolución expuso el señor Procurador sobre el tema que se viene analizando:

"El derecho de petición propiamente dicho es aquel inherente al individuo, institucionalmente reconocido que le permite sin condicionamientos ni requisitos especiales solicitar de cualquier autoridad un pronunciamiento pronto sobre las solicitudes que a bien tenga formularle, aun por vía de simple consulta, para obtener la realización de un acto o hecho determinado o la indicación de las razones que le asisten para negarlo, dentro de una relación bilateral, Estado, persona, de la que si se deriva alguna obligación, será aquél el sujeto pasivo de la misma como producto de su propio reconocimiento.

"El derecho de litigar por su parte, responde al ejercicio del derecho de acción que a su turno es una forma específica de presentar peticiones que debe resolver el Estado mediante los trámites de un proceso o de determinadas diligencias a través de la Rama Jurisdiccional. En ella imperan condiciones y expresas prohibiciones así como formalismos de orden público que no pueden ser desconocidos. Cualquier persona está en capacidad de ser titular de él, pero no todas se hallan habilitadas para

ejercerlo directamente ya que la misma Carta consagró el derecho de postulación, artículo 40, que sólo corresponde a los abogados únicos autorizados para hacerlo valer procesalmente a nombre propio o de terceros y sólo por excepción en casos específicos, taxativamente señalados en el artículo 28 del Decreto número 196 de 1971, se puede litigar sin ostentar dicha calidad.

"Resulta claro entonces que toda persona puede ejercer el derecho de petición debiendo eso sí distinguir cuando él entraña una acción porque entonces su ejercicio se torna calificado y excluyente.

"Los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional pueden ejercer libremente el derecho de petición propiamente dicho, pero jamás personalmente el derecho de acción, así sean abogados porque lo prohíben expresamente los artículos 160 de la Constitución Nacional y 80 del Decreto Extraordinario número 250 de 1970.

"C) Las pruebas anticipadas están reglamentadas en los artículos 18, 23, ordinal 20, y 294 a 301 del C. de P.C. y los actos encaminados a obtener su evacuación son un verdadero procedimiento expresamente regulado en la ley que constituye la relación jurídica en virtud de la cual han de establecerse a través del Juez las vinculaciones de carácter coercitivo existentes entre el solicitante y el potencial demandado. De ahí el carácter litigioso que les asiste. Por otro lado, no hay norma que faculte su trámite por parte de quien no tiene la calidad de abogado y tampoco la que permita a los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional el apersonarse directamente en ellos, así sea en causa propia. Es posible que en desarrollo de la práctica de una prueba anticipada surja controversia si contra quien está dirigida se entera y actúa, situación a la que no puede escaparse, como evento, ninguna de ellas.

"D) En materia de inspección judicial la prueba anticipada debe practicarse siempre a través de un juez con citación de la presunta contraparte o sin ella sobre personas, lugares o cosas que hayan de ser materia de un proceso cuando se toma que el transcurso del tiempo altere su situación o dificulte su reconocimiento, según lo dispone el artículo 300 del C. de P.C., y constituye al obtenerse la constatación deseada título ejecutivo o por lo menos una facultad dispositiva que muchas veces obvia el proceso ordinario".

Las consideraciones de la Sala hechas en apartes anteriores la distancian de las importantes argumentaciones del señor Procurador, pues el caso concreto que se analiza no constituye, en criterio de éste, ejercicio de la abogacía.

Todo lo dicho pone de presente que los hechos atribuidos al funcionario denunciado no son constitutivos de infracción penal y, en consecuencia, no ameritan la apertura de investigación en contra suya, por lo cual se impone hacer un pronunciamiento inhibitorio, con fundamento en lo que prescribe el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

La calidad de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo del doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas por la época de los hechos aparece plenamente acreditada con las copias de las actas de nombramiento, confirmación y posesión y con el certificado sobre ejercicio del cargo (Fls. 61 a 64 del Cdno. principal).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene de abrir sumario contra el doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, por los hechos a que se refiere esta providencia y en razón de las consideraciones consignadas en su parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

José H. Velásquez Ramos
Secretario.

CASACION
Técnica

Son requisitos generales en técnica de Casación la autonomía porque ninguna causal está sujeta a las resultas de otra o de otras y la no contradiccion como principio mínimo de orden técnico-jurídico.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta No. 84.

Bogotá, D.E., 10 de septiembre de 1985.

VISTOS

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales, el 29 de marzo de 1984, absolvió al procesado doctor Carlos Arturo Osorio Restrepo del delito de estafa denunciado por Miguel Angel Ramírez Cárdenas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante fallo del 5 de junio de 1984, revocó la decisión de instancia para en su lugar condenar al citado abogado por el ilícito de estafa en perjuicio del mencionado Ramírez Cárdenas.

Contra esta sentencia el procesado interpuso recurso extraordinario de casación que posteriormente sustentó en legal forma.

HECHOS

Quedaron resumidos en la sentencia impugnada de la siguiente manera:

"...Se sabe que Ramírez Cárdenas con anterioridad a febrero 28 de 1981 (fecha de uno de los cheques), prestó la suma de $90.000.00 al doctor Carlos Arturo Osorio Restrepo. Inicialmente le prestó $40.000.00 y más adelante $50.000.00, según lo expresa el ofendido en su declaración de Fls. 56 y 57. Se trataba de dinero entregado a interés y garantizado su pago con sendos cheques.

"Llegado el momento de la liquidación de intereses, los cuales nunca canceló Osorio, hubo cambio de documentos de garantía, y fue así como el procesado giró a favor de su acreedor Ramírez Cárdenas los cheques obrantes al Fl. 3 del expediente. El uno por la suma de $51.000.00, fechado el 2 de marzo de 1981 y el otro por $65.000.00, fechado el 28 de febrero de 1981. Ambos negociables corresponden a la cuenta corriente del doctor Osorio Restrepo en el Banco de Colombia.

"El día 12 de marzo de 1981 el banco girado protestó los dos instrumentos por 'carencia absoluta de fondos' y 'cuenta cancelada por mal manejo'.

"Certifica el banco (Fl. 8), en noviembre 26 de 1981, que la cuenta corriente número 007556-9, a la cual corresponden los cheques citados y que se distinguen con los números 1274453 y 1274448, fue cancelada 'por mal manejo' el 19 de mayo de 1980.

"Y al Fl. 24 el mismo banco informa (Of. 333) que al doctor Osorio se le avisó de la cancelación mediante carta del 19 de mayo de 1980 (fotocopia del Fl. 25), en la cual se le solicitó la devolución de la chequera...".

DEMANDA

Invoca el actor las causales primera, segunda y cuarta de casación, así:

CAUSAL PRIMERA

Sostiene que el juzgador violó indirectamente la ley sustancial (art. 356 del C.P.) por aplicación indebida debido a errores de hecho en la apreciación probatoria. Al amparo de esta causal propone tres cargos a saber:

Cargo primero.

Error de hecho en la apreciación del testimonio de Miguel Angel Ramírez Cárdenas.

Discurre sobre los dos cheques que motivaron la acción penal, girados para cancelar obligaciones contraídas años atrás, con el objeto de anotar que Ramírez demoró inexplicablemente su protesto y la denuncia respectiva. A base de lucubrar sobre los dineros que aquél le prestó, los intereses corrientes y los de mora que le cobraba, resalta que es "usurero". Por estas razones concluye que la acusación no merece crédito alguno.

Cargo Segundo.

Error de hecho en la apreciación de la comunicación del Banco de Colombia a Osorio Restrepo.

En la mentada nota el Banco le comunica al procesado que su cuenta corriente fue "saldada", pero afirma el censor que no recibió esa comunicación y que el proceso no revela lo contrario. En síntesis, alega que el fallador presumió la prueba del contexto de esa misiva.

Cargo tercero.

Error de hecho al dejar de apreciar el testimonio de Miguel Angel Ramírez en una de sus afirmaciones.

Se refiere a que éste acepta que el procesado ofreció como fiadora a su propia madre. Actitud que permite deducir la buena fe de su comportamiento.

Todos estos cargos tienden a demostrar su inocencia.

Causal segunda

Aduce incongruencia relativa entre la sentencia y el auto de proceder, pues en éste no se tuvo en cuenta la cuantía (art. 372 del C.P.) como circunstancia específica de agravación y sin embargo se la consideró en aquélla para incrementarle la pena.

Causal cuarta

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad de rango constitucional por desconocimiento del principio de favorabilidad (art. 26 de la C.N.).

Arguye que no habiéndose determinado en el proceso la fecha en que fueron girados los cheques se desconoce si en ese momento la cuenta se hallaba vigente. Del mismo modo, se ignora el estatuto penal preexistente cuando la infracción se realizó. Debió, en consecuencia, de resolverse la duda por la aplicación de la norma más favorable, o sea, del artículo 408 del Código Penal de 1936.

Ministerio Público

Luego de considerar la demanda francamente contradictoria, entra a estudiar brevemente los cargos para concluir que no están llamados a prosperar.

Respecto de los errores de hecho planteados con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera, expresa que el actor simplemente opone su criterio personal sobre la prueba al que tuvo el juzgador; o bien, a las afirmaciones de éste su propia negativa.

En relación con la incongruencia de la sentencia con el auto de proceder, causal segunda, por razón de que en éste no se tuvo en cuenta como circunstancia específica de agravación la cuantía del ilícito, responde que el artículo 372 la califica como circunstancia genérica de agravación.

Y, con referencia a la nulidad propuesta con base en la causal cuarta por no haberse tenido en cuenta la ley más favorable, anota que esta impugnación debe presentarse por la causal primera de casación.

Consideraciones

A riesgo de caer la Corte en repetición fatigante de su doctrina sobre el manejo correcto de las causales de casación penal, se ve en el deber imperioso de recordar los siguientes requisitos generales de la técnica del recurso:

1. Principio de autonomía. Las causales de casación son autónomas unas de otras. Con esto se quiere significar que ninguna causal está sujeta a las resultas de otra o de otras, o que se requiera proponer primero una para poder aducir otra. Por tanto, deben alegarse de modo independiente, destinando un capítulo separado en la demanda para cada una de ellas.

La autonomía es absoluta, pues cada causal tiene su ámbito, su peculiar modo de ser, su propia tipicidad.

2. Principio de no contradicción. El respeto a este principio es la exigencia mínima, de orden técnico-jurídico, que se le puede hacer a la demanda en un recurso como el de casación que por su carácter de extraordinario y por lo mismo de jurisdicción limitada, no puede sustentarse de cualquier manera y menos con torpeza, formulando pretensiones encontradas que se excluyen entre sí.

La contradicción en el planteamiento de las causales y de sus respectivos cargos, es grave falla de lógica-jurídica que conduce necesariamente al absurdo y, por ende, a crear perplejidad en el juez de casación.

La violación de uno cualquiera de estos principios en el desarrollo racional de la demanda determina su ineptitud sustancial, lo que impide su estudio y obliga a su rechazo.

De aquí que la Sala acoja en su integridad los argumentos que presenta el Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes apartes de su concepto:

"...En opinión de esta Procuraduría Delegada el libelo de casación presentado por el propio condenado Carlos Arturo Osorio debe rechazarse porque las causales invocadas son contradictorias. En efecto:

"Al proponerse la causal cuarta de casación por no haberse tenido en cuenta el principio de 'favorabilidad' de la ley penal sustantiva, el demandante entiende que debe invalidarse el proceso. Pero enseguida se plantea la causal segunda por desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, en cuanto que en éste no se contempló la circunstancia agravante específica de la cuantía, lo cual significa que al actor sólo le merece reproche este aspecto del fallo. Y también invoca la causal primera porque en su opinión no se cometió el delito de estafa por equivocada apreciación del dicho del denunciante y de la nota del Banco de Colombia relativa a la cancelación de la cuenta corriente de Osorio, a más de probar su buena fé al ofrecer a su madre como fiadora de las deudas que el acusado adquirió.

"Los motivos de casación propuestos son inconciliables aun cuando se hayan presentado en forma separada y aparentemente autónomos. El demandante debe tener en cuenta ante todo la lógica jurídica para no contradecirse como ocurre en este caso en el que el actor con una causal pretende demostrar la inexistencia del ilícito a el atribuido, con otra acepta que cometió el delito pero que el aumento de la pena por la cuantía no se consideró en el enjuiciamiento y finalmente, con la causal cuarta insinúa que el proceso es nulo por no haberse aplicado el principio de favorabilidad...".

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, acorde 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 proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 5 de junio de 1984, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jaime Giraldo Angel, conjuez; *Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.*

José H. Velásquez Ramos
Secretario.

CASACION
Técnica

Es írrita la demanda cuando los defectos comprenden errores y contradicciones de especial magnitud.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta número 84 de diez de septiembre de 1985.

Bogotá, D. E., 10 de septiembre de 1985.

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Florencia que confirmó, con reformas, la dictada en el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad para condenar a los procesados Diego Vallejo Reyes, Pedro Nolasco Vallejo Reyes y Consuelo Silva Ramírez a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión para cada uno por los delitos concursantes de falsedad en documentos y abuso de confianza por los cuales fueron llamados a responder en juicio. En la misma sentencia se condenó como cómplices en dichas infracciones y a las penas de veintiocho (28) meses para cada uno, a los enjuiciados Jesús Alberto Cárdenas Castaño y Gerardo Cárdenas Meneses.

Cabe advertir que recurrieron en casación Diego Vallejo Reyes, Consuelo Silva Ramírez y Pedro Nolasco Vallejo Reyes. De los tres sólo el último sustentó mediante apoderada, el recurso. Para los demás y en su debida ocasión se declaró desierto.

1. LOS HECHOS

Algunas personas vinculadas a la administración de la Intendencia del Caquetá; hoy departamento, y otras vinculadas a la empresa de transportes "Autobuses Unidos S.A." de Florencia, aprovechándose de que la Secretaría de Gobierno estaba faculta-

da para autorizar el suministro de pasajes por vía terrestre a dementes, presos y personas de escasos recursos económicos, mediante artimañas y falsificaciones y utilización de sellos oficiales, fingieron la existencia de autorizaciones dirigidas a la empresa de transportes para hacer efectivo el valor de los pasajes y lucrarse ilícitamente en cuantía que se apreció en $660.992.00. Para la falsificación de 268 autorizaciones de pasajes se utilizaron catorce máquinas distintas de escribir y en ellas se falsificó la firma del Secretario de Gobierno Intendencial.

2. El proceso

Sobre la base de la denuncia presentada por el señor Alvaro Rubiano Suárez, Secretario de Gobierno, se abrió el proceso en donde fueron indagadas varias personas, se recibieron testimonios y se practicaron pruebas por peritos. El asunto correspondió al Juzgado Segundo Superior de Florencia y allí, una vez cerrada la investigación se calificó el mérito de la sumaria mediante llamamiento a juicio por los delitos de falsedad en documentos y estafa para los indagados Diego Vallejo Reyes, Pedro Nolasco Reyes y Consuelo Silva Ramírez y como cómplices en dichos delitos a Jesús Alberto Cárdenas, quien había confesado en su indagatoria, y a Gerardo Cárdenas Meneses que fue gerente de la empresa de transportes ya citada. El auto de proceder fue apelado y el Tribunal Superior de Florencia lo confirmó pero trocó el delito de estafa por el de abuso de confianza.

Ejecutoriado dicho auto, agotada la secuela del juicio y realizada la audiencia pública, el Juzgado Segundo Superior dictó sentencia de condena el 22 de junio de 1983. Este fallo fue apelado y el Tribunal lo confirmó en la sentencia que es ahora objeto del recurso y que modificó las penas impuestas en la primera instancia tal como se dijo en la parte inicial de la presente providencia.

3. La demanda

Bajo el título "Causales de casación aducidas" y en el orden en que las coloca la demanda se habla de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y se dice que se pide la infirmación del fallo impugnado por ser violatorio de la ley sustancial "por infracción directa y aplicación indebida y por estar en desacuerdo".

En desarrollo de la primera causal aducida se formulan dos cargos y el primero de ellos se divide en dos puntos. En su enunciado dice la demandante que acusa a la sentencia "por violación indirecta" del artículo 218 del Código Penal pues no se tuvo en cuenta para condenar la exigencia de la plena prueba de que trata el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de "errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos". Estos errores provienen, según dice, de una errónea apreciación del dictamen pericial al cual se le dio carácter de indicio grave cuando en verdad no lo tenía y, en segundo lugar, porque no se tuvo en cuenta la aplicación de dicho dictamen con "evidente error de hecho" e "indudable aplicación indebida" de la ley sustancial.

Para desarrollar el cargo único formulado al amparo de la causal cuarta de casación vuelve sobre sus críticas a la manera de apreciar el dictámen pericial

grafológico por parte de los juzgadores y deriva hacia una errónea calificación jurídica del delito de falsedad en documentos pues su deducción, según alega, se hizo sobre la base de una total falta de pruebas al respecto ya que dicho dictamen no señalaba al autor de las falsedades investigadas.

La demanda contiene profusión de citas de disposiciones del Código de Procedimiento Penal que se consideran violadas. Al sustentar la primera causal aducida se citan los artículos 215, 218, 217, 223, 251 y 255 y al sustentar la cuarta se cita el numeral 5° del artículo 210 en cuanto hace relación con la errónea calificación jurídica de la infracción que se alega y luego los artículos 483, 481, 299, 230 y 234.

En las conclusiones de la demanda se dice que el Tribunal Superior de Florencia cometió errores de hecho y de derecho, repite que no tiene valor alguno el dictamen grafológico y que sólo existe duda en el proceso.

4. Réplica del Ministerio Público

Empieza por el análisis de la cuarta causal de casación para decir que el auto de proceder se ajustó exactamente a las pruebas recogidas durante la investigación y responde a las exigencias del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a su elaboración. Critica el que la demandante involucre al sustentar al cargo la equivocada apreciación del dictamen pericial sin señalar la clase de error cometido por el juzgador pues predica errores de hecho y de derecho en planteamiento "francamente contradictorio y excluyente". Agrega el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "La no punibilidad de un hecho, por no tener carácter delictuoso, como inexistencia de prueba demostrativa del cuerpo del delito, no puede configurar la nulidad a que alude el artículo 210, ordinal 5° del C. de P.P., en la que se parte de la base de que el hecho sí es delito pero se le dio una denominación distinta a la que le corresponde.

En cuanto a la sustentación de la causal primera afirma que no permite la demanda saber a cuál de los dictámenes grafológicos endereza sus críticas la impugnadora. Al referirse a los dictámenes periciales del Instituto Nacional de Medicina Legal y del DAS de Bogotá, afirma que resulta cierto que no se pudo precisar a uno determinado de los varios sindicados como autor de las falsificaciones de firmas que se hallaron evidentes. Sin embargo, agrega, no fue esa la única prueba que se tuvo en cuenta por los juzgadores al sentenciar y reconocer la culpabilidad de los indagados sobre la base de una serie de graves y diferentes indicios y la acusación del indagado Jesús Alberto Cárdenas Castaño. Recuerda que en materia de apreciación de la prueba indiciaria la ley le concede al juzgador "un prudente y necesario arbitrio" limitado únicamente por la comisión de errores ostensibles o manifiestos que no se insinúan en la demanda pues ésta sólo contiene la expresión de una disparidad de criterios entre el apoderado del recurrente y al fallador respecto de la apreciación que se dio a la prueba.

5. Las consideraciones de la Sala

Los defectos de la demanda, las contradicciones y los errores conceptuales que contiene son de tal magnitud que hacen írrito el recurso.

En efecto, *al exponer las causales de casación que se propone desarrollar dice la impugnadora que aduce las previstas en los numerales primero y cuarto del artículo*

580 del Código de Procedimiento Penal y al lado de la "infracción directa" de la ley sustancial que se ofrece comprobar se coloca la "aplicación indebida" de la misma con lo cual se afirma un error acerca de la existencia de las normas y, al mismo tiempo, un error en la selección de la misma que presupone la existencia que para ella se niega. La contradicción es evidente.

Esa contradicción aparece solamente en los enunciados iniciales de la demanda y se puede obviar si se atiende al hecho de que al formalizar la censura por el primero de los motivos expuesto se abandona totalmente cualquier alusión a "infracción directa" y "aplicación indebida" y todo se encamina por la vía de la "infracción indirecta" por "interpretación errónea" de la prueba indiciaria existente en el proceso. Sin embargo, las dificultades continúan pues se afirma que a la interpretación equivocada que se predica se llegó por "errores de hecho" y por "errores de derecho" lo cual resulta contradictorio como lo ha puntualizado la jurisprudencia.

Además de lo dicho existe otra clara contradicción en el libelo cuando para sustentar el único cargo que se formula bajo el amparo del numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se habla del apoyo del auto de proceder en una "prueba inexistente" cuando en la formalización de la censura con apoyo en el cuerpo segundo del numeral primero del mismo artículo se habla de "apreciación errónea" de la prueba existente. De un lado se aduce un error sobre la existencia de la prueba y por el otro un error en la valoración de la misma en franca discordancia que no requiere mayores explicaciones ante la evidencia del defecto de técnica.

En el cargo de nulidad por errónea calificación jurídica de la infracción (numeral 5° del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) carece de toda consistencia si lo que se afirma es la imposibilidad de deducir un delito de falsedad en documentos en la conducta del procesado no porque se dé una infracción distinta si no porque no existió la prueba sobre la cual se construyó el auto de proceder y, por tanto, tampoco existe el hecho punible de que se trata sin explicación alguna de que se dé uno distinto. Cabe agregar aquí que la condena se produjo por los delitos concursantes de falsedad en documentos y abuso de confianza y que sólo se ataca la calificación para el primero de los delitos de manera antitécnica como queda puntualizado.

El cargo formulado por la vía del numeral 1° del artículo 580 resulta contradictorio como ya se dijo por la alegación simultánea de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que no prospera el recurso.

Por consecuencia, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Heriberto Velásquez Ramos.
Secretario

POLICIA NACIONAL
Competencia para juzgar

La justicia ordinaria es la competente para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, por delitos comunes cometidos por fuera del servicio o por causas ajenas a éste o de las funciones inherentes al cargo. Pero cuando se juzga, además, un delito sometido a la jurisdicción penal militar, por razón de la conexidad, la competencia es de esta última por virtud de la norma especial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Dante Fiorillo Porras.

Aprobado Acta No. 84.

Bogotá, D. E., 10 de septiembre de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior Militar, mediante sentencia de 24 de septiembre del año pasado, confirmó la de primer grado proferida por el Comandante del Departamento de Policía Bogotá contra el agente de esa institución, René Arturo Nieto Bottia, acusado de la comisión de los delitos de homicidio y de abandono del puesto, quien había sido condenado en primera instancia a la pena principal de ciento veintiséis (126) meses de prisión.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el condenado, oportuna y legalmente concedido y en cuyo trámite su apoderado presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

RESULTANDO

I. Los hechos fundamentales materia del proceso son los siguientes, correctamente indicados por el señor Fiscal 8° del Tribunal.

"...en el mes de junio de 1981, los agentes de la Policía Nacional, Luis Carlos González Mesa y René Arturo Nieto Bottia, se encontraban adscritos al Departamento de Policía Bogotá en la Décima Primera Estación, el 17 del mencionado mes y año les correspondió prestar cuarto turno de vigilancia de las 19:00 a las 01:00 horas, a González Mesa se le asignó puesto fijo en la residencia del señor Ministro de Minas ubicada en la carrera 11 No. 118-61; a Nieto Bottia le correspondió lugar de facción en la residencia del Agregado Militar de la República del Perú situada en la transversal 1ª No. 118-41. Los mencionados agentes en vez de cumplir las órdenes relacionadas con el servicio que le habían impartido los superiores, abandonaron el puesto para dedicarse a ingerir cerveza en la caseta situada en la calle 119 con carrera 12 acompañados de unos civiles; al calor del licor, al parecer entre los uniformados se suscitó un disgusto el que dirimieron con el uso de las armas de dotación oficial, resultando muerto el agente Luis Carlos González Mesa por la acción de su compañero René Arturo Nieto Bottia, quien con colaboración de los testigos y la coartada presentada por el mismo, quiso hacer creer al funcionario instructor que (aquél) se había eliminado..." (Fl. 607 Cdno. Princ.).

II. La sentencia ha sido impugnada con apoyo en las causales 1ª y 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal al amparo de las cuales se formulan sendos cargos a saber:

CAUSAL PRIMERA

Cargo único.

"...La sentencia de que aquí se trata es la proferida por el honorable Tribunal Superior Militar, que se acusa por haber sostenido la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia de el Departamento de Policía de Bogotá sin tener en cuenta que si bien se produjeron unos hechos en que sin lugar a equívoco, el agente Luis Carlos González Mesa, al practicar posiblemente la ruleta rusa que al parecer era su inclinación, según lo da a entrever el declarante Pedro Vicente Pulido, cuando manifiesta que se quería matar, resulta claro que el agente René Arturo Nieto Bottia es ajeno a tales hechos por cuanto la muerte se produjo bajo la figura jurídica del suicidio más no bajo el homicidio, hecho inexistente y que a través de la desviación que dio el agente Luis Enrique Saavedra, se entró equivocadamente a investigar el delito de homicidio, figura ésta que no puede prosperar y por consiguiente los hechos de que aquí se tratan encajonan en forma perfecta en la causal primera de casación consagrada en el art. 580 del C.P.P., ya que bien se ve ha existido apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas, habiéndose incurrido por consiguiente, en error de derecho, manifiesto en los autos tanto del Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Bogotá, como del honorable Tribunal Superior Militar al contemplar como piedra angular, la declaración del agente Luis Enrique Saavedra sin ningún respaldo, y el hecho de que no se encuentre al parecer disparada, el arma del occiso Luis Carlos González Mesa cuando riñe con todo principio de verdad con la prueba del guantelete que nos está diciendo que sí disparó y cuando no se tiene en cuenta que el arma del agente René Arturo Nieto B., estuvo de mano en mano en los agentes de otros turnos..." (Fls. 15 a 16).

CAUSAL CUARTA

Cargo único.

"...El trámite en el proceso que ha culminado con la sentencia que es objeto del presente recurso de casación, se hizo bajo la normatividad procesal establecida en el Libro II, Título VII, Cap. I y Libro II, Título IV, Cap. 1 en que se llevó a cabo la celebración del Consejo de Guerra en concordancia con las demás normas del C.J.P.M. y como tal se apreciaron las pruebas allí recaudadas teniendo en cuenta primeramente el Acta de levantamiento del cadáver visible al folio 1, las declaraciones de Luis Enrique Saavedra, Roda Araminta Guamán de Pulido, María Elena Guamán de Sánchez, Pedro Vicente Pulido, Leopoldo Pérez, Luz Mireya Sánchez, José Gerardo García, Segundo Reyes, Jorge Andrés Fernández, Jorge Enrique Beltrán, careo entre René Arturo Nieto Bottia y Pedro Vicente Pulido, entre René Arturo Nieto Bottia y José Gerardo García, entre Pedro Vicente Pulido y José Gerardo García, entre Pedro Duarte y René Arturo Nieto Bottia, diligencia de reconsttrucción, prueba de guantelete del occiso Luis Carlos González, prueba de balística del arma del occiso como del arma de René Arturo Nieto Bottia..."

"...Del análisis cronológico, bien puede observarse que cada una de las pruebas aportadas al proceso han debido de analizarse no por la Justicia Penal Militar, sino por la Justicia Ordinaria con todo el basamento jurídico que conlleva los arts. 310 y 311 del C.J.P.M., en razón a que habiendo abandonado el puesto el segundo delito de que aquí se trata, vale decir, el homicidio, de conformidad con las mismas normas era propio de la justicia ordinaria por mandato del legislador más no bajo el ropaje del fuero especial de los militares, en tal sentido el error de derecho fue procreado y amamantado por el juez de Primera Instancia del Departamento de Policía de Bogotá, y más tarde confirmado por el honorable Tribunal Superior Militar..." (Fls. 16 a 17).

III. El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional (E) se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las consideraciones a que se referirá la Corte, más adelante, en el estudio de cada uno de los cargos.

CONSIDERANDO

Como bien lo indica el Procurador Delegado para la Policía Nacional, se analiza, en primer término, el cargo de la causal cuarta:

CAUSAL CUARTA

Cargo único.

El casacionista sostiene la nulidad del proceso porque, a su juicio, las pruebas aportadas a éste han debido ser estudiadas y valoradas por la justicia ordinaria y no por la penal militar, ya que el delito de homicidio no fue cometido por el agente con ocasión del servicio o por causa del mismo o de las funciones inherentes a su cargo.

El señor Procurador Delegado, estima, por el contrario, que el Tribunal Superior Militar no infringió las normas sobre competencia para el conocimiento del asunto:

"...Respecto de la causal alegada, haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, en este caso concretamente por incompetencia del juez, la honorable Corte Suprema de Justicia –Sala Penal– con ponencia del Magistrado, doctor Dante L. Fiorillo Porras, en fallo del 22 de mayo de 1984, esclarece el punto de la siguiente manera:

"...'El ordinal 2° del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, Ley de la República, instituye que esa jurisdicción conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, de manera que si bien la disposición se remite a la existencia de una situación transitoria de anormalidad, que puede o no darse en un momento determinado y que presentada, puede ser más tarde conjurada, la decisión legal que determina la competencia para el juzgamiento en tales condiciones es norma permanente, independiente de los factores que en ella se indican y cuya vigencia, por consiguiente, ni se modifica ni se altera antes, ni durante ni al término de la guerra, de la turbación del orden público o de la conmoción interior'...".

"...'Ocurre, respecto de esta norma, lo que con las demás que determinan un fuero especial para el juzgamiento, como la del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, el conocimiento se adquiere desde el momento en el que los funcionarios cometen el delito en ejercicio de sus cargos o por razón de ellos, sin que la circunstancia posterior de que dejen de ejercerlos o abandonen el empleo modifique, en modo alguno, la competencia incialmente establecida para el juzgamiento posterior'...".

"...De lo anterior se desprende que el honorable Tribunal Superior Militar no infringió norma alguna relativa a la competencia y por tal razón el cargo no debe prosperar..." (Fls. 25 a 26).

Sobre este cargo, la Sala,

Considera

Se debe destacar, en primer lugar, que la transcripción que en su apoyo hace el Procurador Delegado para la Policía del auto de la Corte, para solicitar que no se case la sentencia por la causal cuarta, se refiere única y exclusivamente a los militares en servicio activo y no a *los miembros de la Policía Nacional, para los cuales la Corporación ha concluido por reconocer, mayoritariamente, que la justicia ordinaria es la competente para juzgarlos por delitos comunes cometidos por fuera del servicio o por causas ajenas a éste o de las funciones inherentes al cargo,* como ocurrió en el asunto sujeto al estudio de la Corte, pues el procesado René Arturo Nieto Bottia, si bien era miembro activo de la Policía Nacional para el día 17 de junio de 1981, fecha en la que había sido destacado para la vigilancia de la residencia del Agregado Militar de la República del Perú en su calidad de agente de esa institución, el homicidio que se le imputa en el proceso no fue realizado ni con ocasión del servicio, ni por causa del mismo ni de las funciones inherentes a su cargo, ya que no procedió en cumplimiento de un deber oficial, ni existe, tampoco, relación alguna de causalidad entre ese hecho y el servicio.

No obstante todo lo anterior, resulta incuestionable que el delito de abandono del puesto, por el que también fue condenado el agente Nieto Bottia es infracción estrictamente militar, de modo que existiendo una clara relación de conexidad entre aquél y el común, la competencia para el juzgamiento de ambos se determina por la norma especial del artículo 311 del Código de Justicia Penal Militar, conforme con el cual "si un mismo agente comete a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar sin que entre ellos exista relación de conexidad (la militar) conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros" (subrayas de la Sala), lo que, contrario sensu, *quiere significar que sí existe tal relación el conocimiento de ambas infracciones es del resorte privativo de la Justicia Penal Militar (art. 5° de la Ley 57 de 1887).*

Como muy bien lo anota el Tribunal en la sentencia recurrida, en este caso existe una conexidad de los delitos por razón de la ocasionalidad, es decir, porque al abandonar su puesto, el procesado se procuró el medio para consumar el homicidio, aparte de que las pruebas que sirvieron para demostrar el primero de los delitos, inciden natural y lógicamente en el segundo, dándose un vínculo que es, en efecto, el que la doctrina ha denominado de "conexión ocasional".

En el presente caso, como se anotó, se da perfectamente ese fenómeno de la conexidad que favorece al procesado y conviene a los fines de la justicia por cuanto la investigación y fallo separados de los delitos por las jurisdicciones ordinaria y militar implicaría a la postre una acumulación aritmética de penas, que la legislación penal de Colombia no tolera.

Solo por las anteriores consideraciones de conexidad de los delitos común y militar cometidos por el agente Nieto Bottia debe declararse que en este caso conoce de ambas infracciones y juzga al agente de la Policía Nacional la justicia penal militar.

El juzgamiento del agente de la Policía Nacional, René Arturo Nieto Bottia se ajustó, por tanto, a las prescripciones legales y no hay causal de nulidad que invalide lo actuado.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

CAUSAL PRIMERA

Cargo único.

En la sentencia acusada, sostiene el recurrente, se incurrió en error de derecho "manifestó en los autos" por apreciación errónea o falta de apreciación de "determinadas pruebas", al tener como "piedra angular la declaración del agente Luis Enrique González Mora cuando riñe con todo principio de verdad con la prueba del guantelete".

El señor Procurador Delegado sostiene, por su parte, con base en las razones expuestas reiteradamente por la Corte, que debe rechazarse el cargo porque "la infracción indirecta de la ley no puede aducirse en los 'juicios por Consejo de Guerra Verbal'.

"...Conforme a reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, 'La infracción indirecta de la ley no puede aducirse en juicios por consejos

de guerra verbal'. El artículo 56 del Decreto número 528 de 1964 (Art. 580 del actual Código de Procedimiento Penal) contempla como motivo de casación, en su ordinal 1° la violación de la ley sustancial, bajo dos normas bien definidas y con supuestos propios y característicos: la violación directa y la violación indirecta...".

"...La infracción directa de la ley, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en los juicios por Consejo de Guerra Verbal ni en los de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado, en los cuales la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los vocales del Consejo o los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. (Casación agosto 22 de 1969, G.J., Tomo CXXXI, números 2314 a 2316, Pág. 298, Mayo 8 de 1970, G.J., Tomo CXXXIV, números 2326 a 2328, pág. 277)...".

"...En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal del Inc. 2° del Ord. 1° porque aquél dispone de plena libertad para apreciar las pruebas, apenas subordinada a su convicción íntima, y porque, de otro lado, el examen probatorio que implica la invocación de este motivo de impugnación llevaría a declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuestión que, circunscrita a las instancias, no está erigida en causal de casación (Sent. 14 abril CXVI, 170)...".

Sobre este cargo, la Corte,

CONSIDERA

Como en forma reiterada e inmodificablemente lo ha venido sosteniendo la Corte en su más antigua y firme jurisprudencia, en los juicios en los cuales interviene el Jurado de Conciencia o, en su caso, los vocales en la Justicia Penal Militar, el ataque al valor otorgado a las pruebas como fundamento del veredicto es intocable en casación:

"...Olvidó el recurrente que en los juicios en que interviene el jurado y, desde luego, los vocales de los Consejos de Guerra, no es posible proponer la violación indirecta de la ley sustancial, porque al tener el demandante que debatir la prueba, estaría alegando la contraevidencia del veredicto y emplazando a la Corte, por ese modo, a dictar sentencia desconociéndolo, esto es proponiéndole un imposible jurídico: la violación del debido proceso..." (Sentencia de 2 de noviembre de 1982).

".....".

"...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 sentencia en desacuerdo con el pronunciamiento de los jueces populares, lo que tampoco es legalmente posible..." (Sentencia de 15 de febrero de 1983).

Mal formulado el cargo no prospera, ni, por tanto, tampoco la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– visto el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional (E), NO CASA la sentencia de origen, fecha y contenido a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

José H. Velásquez R.
Secretario

1. ALLANAMIENTO

No es allanamiento toda penetración de la autoridad a domicilio ajeno, porque cuando el morador accede voluntariamente, la revisión del lugar, carece de esa connotación.

2. DICTAMEN PERICIAL

La omisión de algunos factores convenientes, pero no esenciales, en la identificación pericial no causa inexistencia o desestimación de esa prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta No. 84 de septiembre 10 de 1985.

Bogotá, D.E., 11 de septiembre de 1985.

VISTOS

Por infracción al Decreto número 1188 de 1974, art. 38, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de 21 de noviembre de 1984, impuso a Octavio Medina Herrera, tres años de prisión y multa en cuantía de cinco mil pesos, así como la correspondiente interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad.

Interpuesto en tiempo oportuno el recurso de casación (marzo 5 de 1985) y declarada la demanda respectiva como ajustada a las formalidades de la ley (mayo 7 de 1985), se procede a la decisión de fondo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De la siguiente manera los relaciona el Procurador Primero Delegado para lo penal:

"...Con base en lo noticiado por el Jefe de la Policía Judicial de Pereira (Risaralda) mediante oficio sin número, calendado el siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), en el sentido de que en varios sitios específicos del distrito se estaba desarrollando el comercio clandestino de toda clase de estupefacientes, el Alcalde Municipal de la citada ciudad se determinó a expedir, con tal fundamento y motivación, la Resolución número 1038 de fecha treinta (30) del mismo mes, por medio de la cual se dispuso el registro y allanamiento de varios establecimientos comerciales y de algunas viviendas (Fls. 35-36), entre éstas la de la carrera 24 con calle 73 No. 23B-19, correspondiente a la ocupada por el ciudadano Octavio Medina Herrera.

"El caso. A las 5:30 p.m. del treinta (30) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), en ejecución de la mencionada resolución, el Jefe del Grupo de Estupefacientes de Pereira y cuatro (4) agentes de la Policía Judicial que lo asesoraban, inspeccionó la residencia del ahora procesado Octavio Medina Herrera (y así halló dentro de un "nochero" de su propiedad treinta y siete (37) papeletas de cocaína base "bazuco" (Fl. 1), según el examen químico-toxicológico practicado por el laboratorio de la seccional de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de la precitada ciudad sobre dos muestras de la sustancia incautada con un peso de 0.7 decigramos (Fl. 22), para un total de 22.14 gramos, conforme al acta de pesaje (Fl. 30), que su titular había adquirido en mutuo a un reloj de un desconocido sujeto 'con el fin de venderla y ganarse un dinero', tal como lo confesaría más tarde en su indagatoria, luego de negar su adicción (Fl. 6).

"Por interlocutorio fechado el diez (10) de mayo del año que feneció, el Juzgado 2° Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) resolvió residenciar en juicio criminal de trámite ordinario en contra del indagatoriado Octavio Medina Herrera como autor presuntamente responsable de transgresión al Estatuto Nacional de Estupefacientes, artículo 38, inciso 1°, concretamente por 'conservar' cocaína (Fls. 73-80), al parecer en cantidad incompatible con la dosis personal. Y se dice que al parecer porque sobre este específico aspecto el vocatorio a juicio guarda silencio, de un lado, pero del otro todo indica que él se descarta, a juzgar por la subsiguiente negación de la libertad provisional, aunque con apoyo en los factores que reclama el artículo 68 del C.P. y que consideró el acusado no los reunía, y por la explicación que el mismo entrega en su indagatoria, colocándose *ipso facto* por fuera de toda situación de adicción.

"No hubo lugar a considerar alguna petición previa o precalificatoria dado que el señor apoderado se abstuvo de hacerlo, pero inopinadamente, cuando retoma la dirección de la defensa del procesado, ya en calidad de defensor, impugna la determinación que a tono con su actitud procesal sostuvo o que con antelación no repudiara (Fl. 82).

"La sustentación del recurso ordinario mencionado se circunscribió a refutar los argumentos expuestos por el Juez de primer grado en la negación de la libertad provisional por considerarlos de estirpe subjetiva por una parte y pertenecientes a un enfoque sociológico ajeno al juzgador... como quiera que 'el examen de la naturaleza del hecho punible remite indiscutiblemente al examen de la naturaleza del tipo penal y no al análisis del fenómeno social', refiriéndose al aspecto subjetivo que el artículo

68 del C.P., reclama para hacer expedito el camino hacia el reconocimiento del subrogado (Fls. 83-85).

"El Tribunal desató la alzada, mediante providencia dictada el diez y siete (17) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), confirmando íntegralmente la pieza censurada (Fls. 95-99).

"De esta manera se avanzó en la celebración de la audiencia pública. Dentro de la misma el señor defensor no oculta su desgano profesional, como se desprende de la lacónica intervención escrita que no pasó de la simple afirmación de que el plenario no albergaba los requisitos del artículo 215 del C. de P. P. y por lo mismo el fallo que se esperaba debía ser absolutorio, que de no ser de este linaje por lo menos el sustituto penal de la condena de ejecución condicional era pertinente (Fl. 111).

"Ni una ni otra pretensión se abrió paso en el fallo del juzgado, como ya se sabe (Fls. 112-118), pero sí la segunda (libertad provisional inherente a la condena de ejecución condicional) en el honorable Tribunal Superior de Pereira, ante el cual el impugnante fue cuidadoso en exponer su inconformidad con el fallo adverso que en su personal criterio debía ser absolutorio en razón de la falta de plena prueba de la materialidad de la infracción que originó el vocatorio a juicio (Fls. 124-127)...".

La demanda

Invocando el aparte segundo del numeral primero del artículo 580 del C. de P.P. y tomando la violación indirecta de la ley penal como proveniente de error de hecho manifiesto, por apreciación de pruebas inexistentes, se presentan tres cargos. Así se enuncian y demuestran:

1. La violación se produjo "por error de hecho al valorar una prueba sin existencia material en el proceso, o sea el allanamiento a que alude el juez de primer grado en su fallo", pues "el allanamiento fue un acto procesal que contribuyó a evidenciar la materialidad de la infracción" y como tal no aparece en el expediente (arts. 220 y 369 del C. de P. P.). En esta forma se quebrantó lo dispuesto en los artículos 215 y 217 de la obra citada.

2. La violación se produjo "por error de hecho al valorar una prueba sin existencia jurídica en el proceso, o sea la identificación de la droga a que alude la sentencia de primer grado", pues "la identificación de la droga fue un acto procesal que contribuyó a evidenciar la materialidad de la infracción" pero no puede considerarse como existente por haberse omitido la presencia de "un agente del ministerio público, pese a que la diligencia se efectuó en zona urbana de Pereira, en las dependencias del citado cuerpo de seguridad" (art. 70 D. 1188 de 1974 y art. 214 C. de P. P.). Se patentiza así el desconocimiento de los artículos 215 y 217 de la citada obra.

3. La violación se produjo "por error de hecho al valorar una prueba sin existencia jurídica en el proceso, o sea el dictamen pericial visible a Fl. 22", pues esta pericia se consideró en el fallo como desmostrativa de la materialidad de la infracción, y, la misma "no se ajusta a las formalidades exigidas por el artículo 269 del Código de Procedimiento Penal, principalmente por no ser fundado" –art. 214

ibidem–. De este modo se desconocieron preceptos tan fundamentales como los artículos 215 y 217 de la obra en referencia.

Por todo esto se solicita el pronunciamiento de una sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA Y DE LA SALA

Primer cargo.

El censor cuestiona la existencia del allanamiento realizado en casa del sentenciado, pues no figura esta diligencia en el expediente, sabiéndose de la misma por la mención que se hace en el informe de Fl. 1, rendido por el jefe de Estupefacientes de la Policía Nacional, División Risaralda, y, advierte que este supuesto acto procesal sirvió para establecer la materialidad de la infracción.

El planteamiento suscita estos dos comentarios:

a) El allanamiento es la forma legal mediante la cual la autoridad pública penetra a determinados lugares que gozan de protección jurídica, contra la voluntad de sus moradores, con el fin de producir determinados resultados, entre otros la captura de alguna persona, el decomiso de una cosa, el registro de un bien, la obtención de pruebas, el control de una perturbación, etc.

Entonces, una es la diligencia en sí y otra sus consecuencias.

En este punto, ciertamente, el censor no alcanza a fijar adecuadamente su pretensión y confunde sus objetivos. La crítica que formula al allanamiento (no se extendió el acta correspondiente, arts. 159 y 369 del C. de P.P., no se expidió su auto ordenador (art. 220 ibidem), no se puede establecer su valor (arts. 261 a 263 *ibidem*) hace pensar, como bien lo observa la delegada, no en un error de hecho en la modalidad de haber reconocido una prueba inexistente, sino en un error de derecho en su aspecto de aducción ilegal de una prueba. Sí, porque si algo tiene entidad procesal es que el grupo de agentes que penetró a la residencia de Octavio Medina Herrera, encontró allí una apreciable cantidad de "bazuco" y que ésta le pertenecía, con fines de comercio, como se afirma en los documentos públicos de Fls. 1 y 2, en la versión testifical del Fl. 3, y en las manifestaciones de los Fls. 19, 20, 21, 23 vto. y 71. Tan es así que, el censor, no se ocupa en negar esta realidad acudiendo a las infirmaciones que sobre el particular ofrece el procesado en su indagatoria de los Fls. 6 y ss., o en los datos de su señora madre, María Orfalina Pérez de Medina (Fl. 66), Didier y Beatriz Elena Medina Herrera (Fls. 67 y 63).

Esto haría desechable el cargo puesto que lo que se controvierte, verdaderamente, es la ilegalidad de la prueba obtenida mediante un allanamiento que, al decir del memorialista, no se ajustó a las exigencia de la ley;

b) *Pero la censura al procedimiento cumplido por los agentes de policía y que diera por resultado el decomiso de la sustancia sicotrópica, no tiene la significación que le atribuye el casacionista.*

La Delegada anota que "si bien hubiera sido deseable el acta, la prueba precedente (Fls. 1, 2, 3, 6 - 8, 18, 19, 20 y vto. y 35 - 36) da razón de su existencia procesal y tal

omisión no afecta en grado alguno esa realidad probatoria, cuanto que no es de su solemnidad y significa mèramente una irregularidad en la pesquisa".

Esta última puntualización merece una explicación para que no se crea que la ordenación de un allanamiento y los demás requisitos que el procedimiento penal exige, constituyen formalidades secundarias y hasta superfluas. No, el allanamiento como tal debe ajustarse a esas exigencias legales para que traduzca todo su necesario valor y mérito. Pero no debe tomarse como "allanamiento" toda penetración a domicilio ajeno. Cuando surge la oposición a esta entrada el recurso legal es el allanamiento, para lo cual se disponen, en el procedimiento, los requisitos propios que deben cumplirse. Pero cuando el morador del mismo accede voluntariamente, resulta improcedente esta preceptiva jurídica y la revisión de ese lugar privado carece de esta connotación. En el caso examinado se dio una orden de registro y allanamiento a numerosos domicilios y sitios abiertos al público de la ciudad de Pereira, en los cuales se suponía la guarda de estupefacientes. Pues bien, llegada la autoridad al inmueble ubicado en la carrera 24, calle 73 No. 23B-19, la persona què allí habitaba franqueó la entrada haciéndose innecesaria la diligencia de "allanamiento". Así lo advierten los agentes Londoño ("... se le pidió permiso y dijo bien puedan entren y requisen..." Fl. 28) y Castrillón ("...llegamos allí y con autorización de la señora dueña...", Fl. 19) y María Orfalina Pérez de Medina ("...cuando abrí, los señores que eran cuatro se entraron inmediatamente y se identificaron con un carné, entonces como se identificaron yo les dije que siguieran, pues ese era mi deber, empezaron a voltear colchones, a mover todo lo que había en la casa...", Fl. 18).

De ahí que el Decreto número 1355 de 1970, art. 73, señale que "el acceso al domicilio o a sitio privado donde se ejerza trabajo o recreación familiar, requiere consentimiento de su dueño o de quien lo ocupe", obtenido el cual no es dable hablar de "allanamiento" propiamente, sino de una actividad policiva o judicial diferente que tiene una caracterización distinta y unas consecuencias diversas.

El cargo no prospera.

Cargo segundo.

La identificación pericial la tiene el censor como inexistente, por no haber sido presenciada por el Ministerio Público y porque no aparece, en tal acta, "el número del documento de identidad asignado a cada uno de los miembros de la policía judicial que la suscriben", según lo prevé el Decreto número 1188 de 1974, art. 70 y el artículo 303 del C. de P.P., respectivamente.

La doctrina ha estimado los aspectos que resalta el impugnador, como factores convenientes a esa diligencia pero ha rechazado la tesis que pretende constituirlos como elementos esenciales, al punto que su carencia lleve a la inexistencia o desestimación de esta prueba. Menos exitoso resulta este reparo cuando no hay duda sobre la identidad de la sustancia decomisada y no se controvierte, fundadamente, que las muestras enviadas a Medicina Legal correspondan a parte del decomiso efectuado.

El memorialista ha silenciado sus reproches en cuanto a la realidad del decomiso, a la aceptación del mismo por parte del procesado, en su versión ante la policía judicial, y los testimonios de quienes intervinieron en ese procedimiento. En este punto

ha preferido más bien destacar, como razón de inexistencia, la omisión de requisitos legales en la producción de la prueba, lo cual atrae no una censura de error de hecho (que supone la admisible realidad de una prueba desestimada, subestimada o sobreestimada) sino más bien un error de derecho por aporte de un elemento probatorio en condiciones contrarias a lo mandado por la ley para su producción.

Además, la Procuraduría Primera Delegada advierte en favor de la validez de esta prueba incriminante, que el acta de Fl. 2, efectuada al día siguiente del decomiso, sobre identificación preliminar de la sustancia decomisada, aparece suscrita por todos los intervinientes en el procedimiento, así como por el Jefe del SIJIN, el procesado, dos testigos y el perito del grupo de estupefacientes, siendo complementada, cuatro días después, por la diligencia de Fl. 9, suscrita por el correspondiente agente del Ministerio Público, dando a entender que si bien la llamada prueba de campo debe realizarse a la mayor brevedad posible no es del todo necesaria esta concomitancia entre el decomiso y la inicial peritación, pudiéndose efectuar posteriormente, una vez salvadas las momentáneas dificultades.

Se desestima la objeción.

Cargo tercero.

Para responder a esta última censura (ausencia de fundamentación de la pericia rendida por el Instituto de Medicina Legal) basta reproducir la réplica que la delegada formula al respecto:

"...El mencionado dictamen pericial (Fl. 22, Cdno. principal), fue oportunamente notificado a las partes y personalmente de él se enteraron procesado y apoderado (Fl. 23), sin que se hubiere objetado dentro del plazo del artículo 276 del Estatuto Adjetivo ni se hubiere hablado posteriormente sobre la falta de fundamentación, ni siquiera en tal especial momento procesal como el de alegar luego del cierre de la investigación y durante el término de ocho (8) días que se indicó a las partes para tal cometido, por auto de abril dos (2) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), desaprovechado por el procurador judicial del justiciable.

"Incluso tal dictamen sirvió al apoderado del imputado para 'afirmar rotundamente que sólo la porción de polvo que corresponda a cocaína puede ser objeto de imputación' y pretender colocar a Medina Herrera dentro 'de los límites de la dosis personal' (Fl. 24), tesis que reitera, con base en el mismo dictamen, en solicitud de libertad provisional que impetra ante el juez de conocimiento posteriormente (Fls. 39-40) y hasta para argumentar la necesidad de una prueba siquiátrica y examen mental para su defendido (Fl. 45).

"El dictamen estuvo claro en la deducción de la clase de material examinado y por los métodos empleados. La elocuencia de los datos que entrega el laboratorio releva al perito de cualquier fundamentación y si algo faltó, no se pidió oportunamente ampliación o aclaración de la pericia. Esta clase de peritazgos sobre estupefacientes apunta a la calidad y cantidad de la sustancia y en la incautada a su grado de pureza.

"Como se observa, el ataque a estos medios probatorios, con fundamento en un error de hecho en su apreciación por parte del Tribunal, no se sostiene, cuanto que

las deficiencias que se les anota no son necesarias para la validez del acto ni conculcan su presencia procesal, pues por sí solos y más aún ensamblados en la apreciación subjetiva del fallador, entregan la evidencia que autorizó la condena del procesado.

"De esta manera el recurrente no demostró los pregonados errores de hecho y menos se dan los que con mejor técnica debieron argumentarse. Es que no es posible error en casación cuando existen otras pruebas que dan la evidencia que se cuestiona y las mismas estimadas inexistentes tienen de por sí concatenada vitalidad procesal. Una pluralidad de interpretaciones racionales sobre el conjunto de la prueba de autos, impone la realidad procesal de un hecho punible y de la persona del culpable, lo que excluye la presencia del error de hecho invocado y del de derecho que debió plantearse con mejor técnica.

"Se tiene conocido por jurisprudencia y doctrina que en tratándose de error de hecho o de derecho, debe demostrarse cómo y por qué las restantes pruebas, es decir, las no señaladas por el acusador como dejadas de apreciar o como apreciadas erróneamente, por sí mismas no constituyen fundamento suficiente para sostener el fallo acusado, porque si alguno o algunos se lo otorgan no puede ser casado.

"Sobre este particular la Corte ha sostenido que '...el error de hecho, para que sirva de base a la casación, tiene que ser manifiesto, es decir, que haya por parte del juzgador una protuberante inexactitud en la apreciación de las pruebas que lo haya conducido a una conclusión absolutamente reñida con la realidad procesal. Tal cosa no sucede cuando el juzgador de instancia ha hecho una valorización total de los elementos de prueba, armonizando los unos con los otros, en forma que lo que no pudiera decir cada uno de ellos por separado, aparece razonable en su conjunto por haberse acumulado, todos ellos en orden a buscar una demostración de los hechos, que provengan no del fraccionamiento de tales elementos, si no, por el contrario, de su íntima correlación' (Gaceta Judicial, Tomo CXXXII, pág. 198).

"Agrega la Corte con respecto a la trascendencia del error de hecho o de derecho que ...su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación 'se limita a aquellos casos en que es protuberante error o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe'..." (Gaceta Judicial, Tomo XXXI, págs. 845-46).

Los temas relacionados con la falta de identidad de la sustancia mezclada con la cocaína detectada en el producto, la proporción de una y otra, la potencialidad de las mismas para producir dependencia física o síquica, no tienen eficacia alguna en la prosperidad del recurso, máxime cuando se sabe, por el dictamen mismo, que se trataba de cocaína y otros alcaloides, elementos que por sí se reconocen como aptos para generar drogadicción y que atraen, según las generales regulaciones del Decreto número 1188 de 1974, un tratamiento propio como entidad delictiva; que, de otro lado, aspectos de pureza de sus componentes juegan papel en la determinación de la pena (Decreto número 1188 de 1974, 43-3) y que, según la sentencia, no fueron considerados en este plano y el censor tampoco los comenta en este específico sentido.

Esta censura también se rechaza.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya mencionada en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

José H. Velásquez R.
Secretario

EMPLAZAMIENTO
Su omisión

No se desconoce el derecho de defensa del procesado cuando se ha incurrido en alguna irregularidad, como la que se deriva de fijar el edicto por un término menor a diez días, cuando el procesado estuvo debidamente representado por un apoderado de oficio.

NULIDADES E IRREGULARIDADES

Se fija una escala desde las fallas simples hasta las causales de nulidad constitucional que afectan las bases mismas del proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta No. 86 de septiembre 17 de 1985.

Bogotá, D.E., 18 de septiembre de 1985.

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal *ad-hoc* del Tribunal Superior de Pamplona contra la sentencia del 24 de agosto de 1984 por la cual esa Corporación confirmó la emanada del Juzgado 1° Superior de la misma ciudad, que absolvió al procesado Héctor Alfonso Gélvez Flórez por el delito de homicidio en la persona de Rafael Mariño.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de julio de 1982, hacia las ocho y cuarto de la noche, en desarrollo de un confuso y trivial incidente suscitado al calor del licor mientras departían en un bazar que se realizaba en el barrio Centenario del municipio de Ragonvalia (Norte de Santander), varios contertulios, entre ellos el Juez Promiscuo Municipal de la localidad Jorge Lamk, Héctor Alfonso Gélvez, Rafael Mariño e Inocencio Acevedo, el segundo de los mencionados, o sea Gélvez, disparó su arma de fuego al cuerpo de Mariño Lagos que se hallaba de espaldas a él y trataba de huir al ser amenazado, ocasionándole la muerte de manera instantánea.

El proceso fue iniciado por el funcionario que presenció los hechos reseñados, quien dos días después entregó las diligencias al Juez de Instrucción Criminal comisionado. Este perfeccionó la investigación, cuyo mérito fue calificado con auto de proceder contra el sindicado Héctor Alfonso Gélvez, a quien se comprometió en juicio por el delito de homicidio simple. Como a lo largo del proceso no compareció ni se logró su captura, hubo de ser emplazado y representado por apoderado y defensor de oficio.

Para la notificación del auto enjuiciatorio el emplazamiento se hizo mediante edicto que se fijó el 27 de julio de 1983 a las 8 de la mañana y, según constancia secretarial, se desfijó el 4 de agosto subsiguiente a las 6 de la tarde (Fl. 260 Cdno. ppal.). En esta última fecha se declaró reo ausente al procesado y se le designó como defensor de oficio al mismo profesional que lo representó como apoderado durante el sumario, mediante auto que se notificó personalmente a la Agente del Ministerio Público y por estado.

En la diligencia de audiencia pública, la misma funcionaria como representante de la sociedad demandó veredicto de condena para el procesado contumaz y el defensor, el reconocimiento de una legítima defensa o la absolución por duda en cuanto a la responsabilidad. El jurado de conciencia atendió la última fórmula y absolvió al acusado en pronunciamiento que fue acogido por el juez de la causa, que lo encontró acorde con el acervo probatorio.

La sentencia se notificó personalmente al Ministerio Público y al defensor el 27 de abril de 1984 (Fl. 320 *ibidem*). Al día siguiente –cuando se fijó el edicto correspondiente– la fiscal, mediante oficio planteó la nulidad de lo actuado a partir de la desfijación del Edicto en que se emplazó a Gélvez para notificarle el auto de proceder, por cuanto tal aviso sólo duró fijado 8 días y no los 10 que ordena el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal. Como fundamento de la petición se invocaron los artículos 213 del citado estatuto y 26 de la Carta.

En el trámite de la apelación interpuesta por la apoderada de la parte civil contra la sentencia, el Fiscal Unico del Tribunal Superior de Pamplona se declaró impedido para intervenir en la segunda instancia, y la Procuraduría Regional designó Fiscal *ad-hoc* al del Juzgado 2° Superior de la ciudad. Este insistió ante la Corporación en una nulidad de carácter constitucional, traducida en la inobservancia de las formas propias del juicio, por el incumplimiento del término de fijación del Edicto emplazatorio.

Al desatar el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el Tribunal rechazó la pretendida nulidad y confirmó la absolución del acusado, mediante el que es objeto del recurso extraordinario de casación.

Demanda del Ministerio Público

En escrito, en el cual el recurrente omite puntualizar la causa del recurso extraordinario interpuesto y comenta los argumentos del Tribunal Superior de Pamplona para denegar la nulidad parcial del proceso, recaba el funcionario la invalidez de la actuación con fundamento en el numeral 4° del artículo 580 del

Código de Procedimiento Penal porque, en su sentir, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional debido a que se desconoció lo preceptuado en los artículos 187, 188 y 484 del ordenamiento mencionado, 4° y 6° del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Carta.

Con base en tales disposiciones, al desarrollar el único cargo a la sentencia acusada, anota reiteradamente el censor que las normas procesales por ser de orden público son de obligatorio cumplimiento; que todo acto procesal debe cumplirse dentro del término legal o judicial, según el caso; que no obstante ser el término del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal de origen legal y por tanto de obligatorio cumplimiento, no se dejó transcurrir completo en el proceso en estudio; y, que la nulidad invocada es del orden constitucional porque se refiere a la inobservancia de una de las garantías consagradas en el precitado artículo 26.

En concreta referencia a las razones del Tribunal para no declarar la nulidad, manifiesta su desacuerdo y arguye que el legislador estableció el principio de igualdad entre las partes en el proceso, el que debe respetarse a riesgo de originar situaciones de ventaja unilateral en detrimento correlativo de la otra y aun del mismo Estado. Estima que el incumplimiento de los términos a favor o en contra de una de las partes origina desigualdad. Advierte que al solicitar la nulidad no se atenta contra la irreformabilidad de la sentencia, como lo entiende el Tribunal, porque de existir el motivo de invalidez es obligatorio declararlo. Considera que la omisión señalada en el proceso no es una mera irregularidad secretarial porque la "custodia judicial" no está encargada a los empleados de secretaría; añade que en el proceso contra Gélvez Flórez los términos se redujeron hasta el punto de que el auto que declaró reo ausente al acusado se profirió "injurídicamente y en horas no aptas" pues se dictó en la misma fecha de desfijación anticipada del Edicto.

En desarrollo del tema del "concepto de la violación", apunta el recurrente que de las garantías procesales que contiene el artículo 26 de la Constitución Nacional la relativa a las formas propias de cada juicio, es importantísima. Que ésta se quebrantó por el incumplimiento de uno de los términos y con cita del artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, sostiene que al interpretar la ley adjetiva el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las normas sustantivas, y, agrega, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el incumplimiento de los requisitos señalados para el emplazamiento en los casos de contumacia constituye nulidad.

En conclusión, considera el fiscal *ad-hoc* recurrente que el proceso contra Gélvez Flórez es nulo a partir, inclusive, del Edicto emplazatorio fijado después del auto de proceder y que, en consecuencia, debe darse aplicación al numeral 3° del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

ALEGATO DE LA DEFENSA

El defensor de oficio del procesado en su alegato rebate los planteamientos del fiscal recurrente, aduce que el emplazamiento es una exigencia de la ley implantada como máxima garantía del derecho de defensa del acusado consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional para que el procesado contumaz pueda ser juzgado

con plenas garantías. Considera que el emplazamiento ha sido instituido única y exclusivamente en favor del acusado, teanto que si no está ausente del proceso, no nace a la vida jurídica y el que se tenga o no que hacer, depende de la voluntad del acusado, que con su presentación lo evita.

Arguye que el recorte del término de emplazamiento a Gélvez no desconoció o desfiguró la esencia de esa citación porque sus derechos no sufrieron mengua. Considera que no debe desvincularse el emplazamiento del derecho de defensa o convertirlo en causa de situaciones que malogren "los beneficios resultantes de una defensa bien ejercida y concretada en la absolución", y que como elemento integrante de las garantías del acusado solo puede generar la nulidad que plantea el fiscal cuando se realiza ilegalmente o se omite y se condena al acusado.

Observa que no pueden sacrificarse los derechos del acusado "so pretexto de darle estricto cumplimiento a los términos de una disposición", sobre todo en un caso como el de estudio, en el cual las garantías de la norma superior que se dice infringida se respetaron al máximo y el procesado resultó absuelto a causa precisamente, del beneficioso efecto del emplazamiento. Anota que no siempre se cumplen a cabalidad los términos en los procesos a pesar de estar consagrados en la ley y, sin embargo, tal circunstancia no origina "un continuo estado de nulidad de los mismos". Estima que cada caso debe ser estudiado en particular y que en el de Gélvez Flórez el fin del emplazamiento se cumplió y su derecho de defensa se garantizó en forma absoluta.

Sobre la base de que el emplazamiento se ha instituido en favor del procesado contumaz, estima que los efectos perseguidos se produjeron satisfactoriamente al designar el defensor de oficio que intervino en la causa. Además, la desfijación anticipada del Edicto no alteró la marcha del proceso en detrimento de las partes intervinientes en el mismo, hasta el punto de que sólo al momento de dictar sentencia fue cuando se advirtió la falla.

En respaldo de sus argumentaciones cita y transcribe apartes de pronunciamientos de la Corte en torno al tema de las nulidades en el proceso, destacando el memorialista la entidad de las irregularidades, es decir, que su alcance determine la invalidez de la actuación. Las simples fallas o deficiencias se convierten en meros recursos para "recuperar oportunidades procedimentales ya precluidas o para interferir en los procesos buscando su prolongación indefinida en el tiempo". Finalmente, solicita no casar la sentencia impugnada porque el menor tiempo del emplazamiento no afectó la actividad de las partes, ni influyó en las decisiones del jurado y de los jueces de derecho, ni lesionó el derecho de defensa del acusado.

Consideraciones de la sala

Primera. En la relación de los hechos y de la actuación procesal se precisó que el acusado Héctor Alfonso Gélvez eludió la acción de la justicia en la etapa sumarial y por este motivo fue emplazado, declarado reo en ausencia y se le nombró como defensor de oficio al abogado Germán Rodríguez Villamizar, quien alegó al clausurarse la etapa investigativa.

El Juzgado 1° Superior de Pamplona comprometió en juicio al acusado Gélvez Flórez por homicidio en Rafael Mariño, en providencia del 6 de junio de 1983. En el último punto del auto se dispuso librar nuevas órdenes de captura, a fin de enterar al procesado, de esa decisión.

Las autoridades de policía y del DAS informaron que no había sido posible capturar a Héctor Alfonso Gélvez (Fls. 257 y 258). En consecuencia, el juzgador de primer grado, ordenó emplazarlo por el término legal (Fl. 259).

Como ya se apuntó, *se incurrió en la irregularidad de fijar el edicto solamente por 8 días, es decir, no se cumplió el término legal de 10 días (artículo 484 del C. de P.P.).*

El Juzgado designó defensor de oficio al mismo profesional del derecho que representó a Gélvez Flórez en la etapa sumarial. Este intervino en la audiencia en la que, como ya se destacó, el jurado estimó que había dudas en cuanto a la responsabilidad "del crimen", y que fue considerado por los juzgadores de instancia como veredicto absolutorio.

Segunda. *Del resumen anterior se concluye que no se afectó el derecho de defensa por no haberse cumplido totalmente el término del emplazamiento en la causa, pues el acusado ausente Gélvez Flórez estuvo representado por un profesional del derecho que logró en la audiencia pública veredicto absolutorio, aceptado por los juzgadores de instancia.*

Tercera. El representante del Ministerio Público fundamenta el recurso extraordinario de casación en el incumplimiento de las formas propias del juicio que determina una nulidad del orden constitucional.

La pretensión carece de respaldo jurídico. En efecto:

En innumerables ocasiones esta Sala de la Corte se ha ocupado del tema propuesto en la demanda de casación. Así, bien puede afirmarse que se ha establecido una escala ascendente: simples fallas o deficiencias sin ninguna trascendencia; otras que solo afectan el acto en que se cometió, como las que se refieren a determinada prueba por desatenderse un requisito para la recepción o práctica de la diligencia; las irregularidades que por su entidad la ley sanciona con la nulidad y que taxativamente señala (arts. 210 y 211 del C. de P.P.); y finalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo del artículo 26 de la Carta, ha estimado como nulidades de la más alta jerarquía a las que afectan las bases mismas del proceso penal. Se recuerdan, entre otras, estas sentencias de la Sala: 27 de febrero de 1970, páginas 373 y ss. Gaceta Judicial No. 2322 a 2324 y 8 de mayo de 1970 , páginas 279 y ss. Gaceta Judicial No. 2326 a 2328. En el fallo de casación del 30 de junio de 1966 –procesado Manuel Salvador Hernández– la Sala destacó que el emplazamiento mediante edicto tenía por objeto convocar al acusado para enterarse del llamamiento a juicio que contra él se había pronunciado. En el caso de no concurrir, se le declaraba reo en ausencia y se le nombraba defensor de oficio, "...con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación...". Por tanto, se garantiza plenamente el derecho de defensa contemplado en la Constitución Nacional, si el apoderado designado por el despacho judicial correspondiente se posesiona como tal e interviene eficientemente en la causa.

Esto ocurrió en el caso en estudio pues, se repite, gracias a la actuación del defensor las instancias absolvieron al procesado Gélvez Flórez.

En este orden de ideas bien puede ubicarse la irregularidad en que se incurrió en este proceso, en el primer grado, es decir, aquellas fallas que carecen de repercusión jurídica y pasa a explicarse esa calificación. El acusado Gélvez Flórez eludió la acción de la justicia en la etapa sumarial y al proferirse contra él auto de llamamiento a juicio, las autoridades no pudieron localizarlo y por este motivo nuevamente se le declaró reo en ausencia, designándosele defensor de oficio al profesional del derecho que lo representó en la etapa investigativa.

El proceso se adelantó satisfactoriamente con la intervención activa del Ministerio Público, la representante de la parte civil y el defensor de oficio.

Conocida la sentencia de primera instancia que aceptó el veredicto del jurado, la Fiscal del Juzgado 1º Superior de Pamplona solicitó invalidar el proceso por el motivo ya señalado, sin dar razón jurídica alguna para apoyar la pretensión. En igual deficiencia incurrió el fiscal ante la Corporación.

El motivo del recurso extraordinario de casación es el mismo que se adujo en las instancias, es decir, la desfijación del edicto 2 días antes de cumplirse el término legal. El actor tampoco ofrece razón jurídica alguna para apoyar su pretensión de invalidar el proceso.

Es preciso reiterar que afectan la garantía constitucional del debido proceso las fallas o irregularidades cometidas en la etapa de la causa y respecto de actos procesales de reconocida trascendencia. En el caso sometido al estudio de la Sala, como ya se dijo, ni se menoscabó el derecho de defensa ni se lesionó actuación importante del plenario. El emplazamiento es el mecanismo procesal señalado en la ley para hacer saber a una persona que debe comparecer a un despacho judicial y en materia penal, para tener la oportunidad de designarle defensor que lo represente en el juicio. En este asunto, es preciso repetirlo, se logró la finalidad buscada porque ante la ausencia de Héctor Alfonso Gélvez, se le nombró defensor de oficio, se le dio posesión y con él continuó la causa hasta su culminación.

El derecho de defensa es, a no dudarlo, "una de las formas propias del juicio" y en este proceso no sufrió mengua alguna por lo que se acaba de exponer.

Como la falla o deficiencia en que se apoya la demanda de casación constituye mera informalidad, forzoso es concluir que el cargo hecho a la sentencia de segunda instancia no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona del 24 de agosto de 1984 dictada en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario

CASACION - TECNICA

La Corte reitera su doctrina para señalar como antitécnica la demanda, cuando se hacen concurrir la violación directa y la violación indirecta, porque una y otra traducen presupuestos y desarrollos bien distintos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta No. 86 de septiembre 17 de 1985.

Bogotá, D.E., 20 de septiembre de 1985.

VISTOS

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el 14 de junio de 1984, mediante la cual se impuso a Luis Angel Hincapié y Marco Aurelio Betancourt Restrepo, por el delito de "extorsión" en el patrimonio económico de Flor Libe Martínez Vda. de Bonilla, sesenta y seis (66) meses de prisión, a cada uno, así como las accesorias pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se acude al siguiente relato de la segunda delegada para lo penal:

"...La señora Flor Libe Vda. de Bonilla recibió el 25 de marzo de 1983 en su casa de Ibagué un escrito anónimo mediante el cual se le exigía la suma de $3.000.000 a cambio de no atentar contra su vida o la de sus menores hijos. Funcionarios del DAS de la ciudad, advertidos del suceso, llevaron a cabo un operativo y se logró inicialmente obtener grabación de una de las llamadas telefónicas que se hicieron a la víctima para reiterar las amenazas y precisar las instrucciones para la entrega del dinero, cuya cuantía, después de insistentes súplicas, se rebajó a la mitad. El sujeto Luis Angel Hincapié, según lo acordado, se presentó el 15 de abril siguiente a la residencia de doña Flor Libe para recoger la suma exigida, pero como lo atendió un hermano de ésta decidió retirarse del lugar sin alcanzar su propósito y abordó un vehículo de servicio público que fue objeto de seguimiento por los agentes

secretos. Su captura, cumplida unos metros adelante, permitió la aprehensión de otros implicados, entre ellos, la de Marco Aurelio Betancourt Restrepo como autores responsables del delito de extorsión y realizada la audiencia pública se profirió en su contra fallo condenatorio que recibió posterior confirmación por el Tribunal mediante la sentencia que es objeto del recurso extraordinario que se analiza...".

El apoderado de Luis Angel Hincapié, plantea así el tema:

a) En cuanto a la violación directa de la ley sustancial (aplicación indebida), anota, después de detenerse en reseñar el pensamiento de los doctrinantes y algunas decisiones de la Corte, que "obviamente, con mayor razón se puede predicar acto tentado si la destinataria del papel conminatorio se pone, desde el primer momento en conformidad con la autoridad y por ello en ningún momento el sujeto recibe el dinero ilegalmente exigido.

"En consecuencia, hubo en el fallo del honorable Tribunal de Ibagué mencionado, violación directa de la ley sustancial, causal primera, inciso primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque impuso la sanción ordinaria señalada en el articulo 355 del Código Penal, después de aceptar, como ya lo expresé, que el encausado 'fue sorprendido en flagrancia cuando se presentó a reclamar el dinero exigido', lo cual constituye la tentativa de que trata el artículo 22 *ibidem*, cuyo reconocimiento hubiese logrado para el señor Hincapié una pena mucho menor...";

y,

b) Respecto de la violación indirecta de la ley sustancial (error de hecho), apunta que "cuando el fallador agrava la sanción alegando que el constreñimiento se hizo consistir en amenaza de ejecutar 'acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común' lo hace por apreciar erróneamente la prueba existente en el proceso, por no habérsele otorgado el verdadero valor probatorio ya que por parte alguna de ella se ha amenazado con provocar incendio, inundación, descarrilamiento u otros hechos semejantes que entrañen peligro para la comunidad que es lo referido por la norma, vale significar, incurre en error de hecho ostensible y de trascendencia que lo lleva a violar el ordinal 2° del artículo 355 del Código Penal y como consecuencia aumentar la sanción".

La demanda así presentada, se resiente de antitécnica, pues invoca, simultáneamente, dos violaciones que se contraponen y excluyen. La doctrina ha sido categórica en no permitir que la violación directa concurra con la indirecta pues una y otra traducen presupuestos y desarrollos bien distintos.

"En la primera la controversia adquiere una definida característica de debate jurídico sobre una determinada norma sin cuestionar en lo más mínimo los aspectos fácticos o probatorios. Estos, para el censor, deben ofrecerse como incuestionables y admitidos en el contenido y alcance que les ha reconocido el Tribunal. Se trata, simplemente de observar cómo una disposición legal ha sido excluida, o se aplica a hecho que no le corresponde o se exagera o recorta en su verdadero alcance. La segunda por el contrario, centra su estudio sobre los elementos de convicción considerados en el fallo para deducir una adución ilegal de la prueba, o el otorgamiento de un valor del cual carece o el rechazo de un mérito que le es propio (error ostensible de derecho), o porque se ignora u omite una prueba existente o se reconoce una que carece de realidad (error ostensible de hecho)".

De ahí que, en el caso examinado, no se pueda saber a ciencia cierta si el recurrente está de acuerdo con el fallo en cuanto a las pruebas recogidas y su interpretación, o si él, por el contrario repudia uno y otro punto. Y la Corte no puede clarificar este raciocinio para ver si se prefire la violación indirecta o la de carácter directo. Es aceptable, como tesis de controversia, que se tenga al delito de extorsión como de resultado para introducir distingos entre la consumación y la tentativa inacabada, porque tanto el Tribunal como el demandante coinciden en afirmar que la víctima, en momento alguno, afectó su patrimonio económico pues no fue intención suya, y menos realidad, entregar suma alguna del dinero que se le exigía. Podía, pues, el impugnador oponerse a lo que el Tribunal anotaba, con gran acierto, o sea, que la actual legislación penal (Código de 1980), varió la naturaleza que traía de tiempo atrás el delito de extorsión, pues si bien éste lo tipificaba como delito de resultado, el vigente le otorgó un carácter formal, presentándose la forma agotada cuando se logran los resultados perseguidos. Hasta este punto le era permitido disentir. Pero cuando desarrolló el segundo cargo, en la forma como lo hizo, entendiéndolo expresamente como violación indirecta de la ley y formalizando una crítica probatoria, quedó incurso en una manifiesta incompatibilidad, no susceptible, como se dijo antes, de ser enmendada por la Corte. Es más, en el ámbito en que ha desarrollado su crítica, bien pudo acudir y así lo recuerda también la delegada a la misma causal (violación directa) para tratar de fijar el alcance de los términos jurídicos empleados en el artículo 355, inc. 2°, o sea, "calamidad, infortunio o peligro común", para ver si se daba o no la agravante allí señalada. Pero prefirió referirse a la violación indirecta y darle un contenido y alcance propios a esta causal y no a la del cuerpo primero del art. 580 del C. de P.P.

Los cargos se desestiman.

El apoderado de Marco Aurelio Betancourt Restrepo, por su parte, señala como primer cargo la violación directa de la ley 'al dejarse de aplicar... el artículo 22 del Código Penal, en concordancia con el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 6° y 61 del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Penal".

Sobre el particular destaca que la sentencia se produjo por delito de "extorsión agotado y plenamente consumado" cuando precisamente lo que se desprende de autos es una simple tentativa, ya que "Flor Libe Martínez Vda. de Bonilla..., sin dejarse intimidar, buscó en forma inmediata la protección de las autoridades, a las que enteró de lo que estaba ocurriendo, lo cual indica que el medio utilizado para quebrantar y violentar su voluntad no fue idóneo ni eficaz y que, por lo mismo, no tuvo ningún efecto de violencia en su ánimo, pues lejos de aprestarse a entregar suma alguna, ayudó con los medios a su alcance, para que las autoridades capturaran a quienes pretendían obtener dineros de su patrimonio, con métodos al margen de la ley".

Como segundo cargo, también enmarcado en la violación directa de la ley sustancial (aplicación indebida), se destaca la impropiedad de la agravación de la pena al acudirse a la previsión primera del art. 372 del C. Penal. Sobre el particular ofrece estas exóticas razones:

a) "Dicho agravante se refiere en forma absoluta y taxativa a cosa cuyo valor sea superior a cien mil pesos (vehículos, joyas, ganados, etc.) y no a dinero en efectivo";

b) "Como no se entregó suma alguna y como el patrimonio de la presunta ofendida no sufrió disminución alguna, este agravante no tiene razón de ser para el presente caso y es absolutamente inexistente, por falta total de base material para su cálculo y estimación", y

c) "En el proceso no se probó la situación económica de la señora Flor Libe Martínez Vda. de Bonilla, bien para descartar la segunda parte del numeral primero del artículo 372 del Código Penal o bien para confirmar que el constreñimiento fue inocuo y absolutamente ineficaz, implicando esto que las acciones de los presuntos extorsionistas no pasaron de ser tiros al vacío. En el proceso no aparecen por parte alguna las declaraciones de renta y patrimonio de la víctima, ni copia de títulos de bienes raíces, ni certificaciones de propiedad de bienes muebles o constancias bancarias sobre depósitos en dinero efectivo y pese a todo, no podía darse por sentado de que la extorsionada había sufrido mengua de su patrimonio en cantidad superior a cien mil pesos y ni por este aspecto ni por la cuantía".

Por último, en el tercer cargo, invoca la violación indirecta de la ley, por error de derecho, "al darle al dictamen de fonoscopia (Fls. 409 a 413) un valor y alcance probatorio que no tiene, por cuanto se le dio categoría de plena prueba, contraviniéndose lo dispuesto en el artículo 278 del estatuto procesal".

Lo cual quiere decir, entonces, que también este impugnador ha combinado dos aspectos contradictorios, que no pueden coexistir y que mutuamente se eliminan. Lo que se dijo en relación con el otro casacionista, debe trasladarse a éste.

Tampoco prosperan los cargos.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia ya mencionada condenatoria proferida en contra de Luis Angel Hincapié y Marco Aurelio Betancourt, fechada el 14 de junio de 1984.

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

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

José H. Velásquez R.
Secretario

1. HECHO PUNIBLE
Concurso

Al juzgador incumbe considerar la pluralidad de resultados que produjo el agente con su comportamiento y si llegaron a su consumación o a la simple puesta en peligro del bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta que el error accidental, el error en la persona y el error en el objeto material no desaparecieron en la legislación colombiana, porque es la parte general la que ofrece solución a esos problemas.

2. CALIFICACION DEL MERITO DE LA INVESTIGACION

Es tarea de las instancias emitir la calificación completa, teniendo en cuenta los aspectos objetivo y subjetivo del hecho punible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta No. 84 del 10 de septiembre de 1985.

Bogotá, D. E., veintitrés (23) de septiembre de 1985.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alvaro Escamilla y por su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 21 de marzo de 1984 que lo condenó a diez años de prisión, en calidad de autor del delito de homicidio en la persona de José María Passos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de junio de 1982 en el municipio anexado de Fontibón –barrio Villa Carmenza– se suscitó trivial disgusto entre Jesús Sánchez y Luis Alfonso Rueda; sin embargo, el tío de este último, Alvaro Escamilla, desenfundó un arma de fuego y la

dirigió al cuerpo de Sánchez pero como se interpuso José María Passos, éste recibió el proyectil disparado alcanzándolo en el hombro izquierdo y el mentón, causándole graves lesiones que determinaron su muerte siete días después, el 24 de ese mes.

El juez 66 de Instrucción Criminal inició la investigación y el día 6 de julio Alvaro Escamilla se presentó voluntariamente ante el funcionario de instrucción acompañado de su abogado, con el fin de rendir indagatoria. En esta diligencia el acusado explicó que había disparado al piso con el propósito de intimidar a Jesús Sánchez, quien luego de retarlo se le acercó llevándose la mano derecha a la cintura y por debajo del saco.

La investigación se clausuró por auto del 3 de septiembre de 1982. En su alegato, el señor apoderado de Escamilla solicitó para éste un sobreseimiento de carácter definitivo por haber obrado en su defensa pues, conforme a la indagatoria del procesado, se sintió amenazado por la actitud de Jesús Sánchez, quien fue el causante de la discusión. El defensor arguyó también, que Escamilla no había tenido la intención de causar la muerte de Passos, pues el único disparo que hizo lo dirigió al piso pero la bala rebotó y lo alcanzó, hiriéndolo; se trataría entonces de un comportamiento culposo.

El Juzgado 4° Superior en proveído del 4 de octubre de 1982 comprometió en juicio con intervención del jurado de conciencia a Alvaro Escamilla por homicidio simple en José María Passos. El juez del conocimiento descartó el motivo de justificación del hecho invocado por el acusado como también su conducta culposa. Se precisó en esta providencia, que Escamilla dirigió el arma al cuerpo de Jesús Sánchez pero infortunadamente se interpuso el señor Passos Yáñez, recibiendo éste el proyectil en el mentón, causándole graves destrozos descritos por los médicos legistas tanto en el reconocimiento practicado al día siguiente de los acontecimientos (Fl. 3) como en la diligencia de autopsia (Fl. 111). El juzgador de primer grado se pronunció de esta manera respecto del error en el resultado:

"Es bueno poner en claro que el blanco escogido por el matador no era dirigido con dirección a Passos Yáñez, su amigo, sino a Sánchez, pero este error en el delito, no cambia en mínima parte la responsabilidad, pues lo que se tiene en cuenta para los efectos penales es el resultado obtenido aun cuando el que se buscaba satisfacer con la conducta desplegada fuera diverso.

"La huida voluntaria e inmediata de sucedidos los luctuosos sucesos, que se prolongó injustificadamente por 20 días, tiempo más que indispensable para planear e idear una aparente eficaz coartada con asesoría idónea de profesionales de estas disciplinas jurídicas, es indicio grave, de la responsabilidad que sentía y, una vez aleccionado, preparado y aconsejado sí venir a presentarse, rodeado de esas garantías extraprocesales, a la justicia para que le avalara como ciertos todo ese sartal de inexactitudes y procaces exageraciones, riñendo la indagatoria, como era obvio, con la abrumadora prueba testimonial, indiciaria y documental obrante" (Fl. 158).

Y en la parte resolutiva se dijo:

"Primero. Llamar a responder en juicio criminal por la vía ordinaria en que interviene el jurado de conciencia, a Alvaro Escamilla Martínez, de condiciones personales y calidades civiles conocidas de autos, como autor y responsable del delito

de homicidio, agotado en la persona de José María Passos Yáñez, hechos ocurridos en esta ciudad, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo que informa el proceso.

"De este delito se ocupa el Código Penal en su Libro Segundo, Título XIII, Capítulo I, bajo el acápite genérico 'del homicidio' " (Fls. 159 y 160).

Al jurado de conciencia se propuso este cuestionario:

"El acusado presente, Alvaro Escamilla Martínez, de las condiciones civiles y personales conocidas de autos, es responsable si o no, de haber dado muerte a José María Passos Yáñez, mediante lesiones que con propósito de matarlo le causó al disparar arma de fuego hiriéndolo en el cuello, hombro izquierdo, región submentoniana e inguinal izquierda, perforándole faringe y carótida derecha que produjo como consecuencia fallecimiento de la víctima, según los hechos ocurridos aproximadamente a las once de la noche del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y dos en la calle 21-B carrera 107 de Fontibón de la comprensión del Distrito Judicial de Bogotá".

El jurado respondió:

"Sí es reponsable" (Fl. 209).

En la diligencia de audiencia pública fue tema preponderante el hecho de haber recibido las lesiones mortales el señor José María Passos cuando en realidad el arma la dirigió el agente al cuerpo de Jesús Sánchez. El representante del Ministerio Público solicitó al Tribunal de conciencia declarar la responsabilidad penal del acusado Escamilla (Fls. 211 a 215).

De su parte, el señor defensor del acusado, quien ahora lo representa en el recurso extraordinario de casación, propuso al jurado al final de su intervención oral estas respuestas: "...un exceso de legítima defensa..."; "...acepten que fue homicidio culposo ya que el sindicado no tuvo intención de matar..." (Fls. 219 y 220).

Los juzgadores de instancia aceptaron el veredicto del jurado y condenaron a Escamilla por homicidio simple.

Es preciso recordar que la defensa apeló la sentencia de primera instancia y en el memorial en que sustentó el recurso pidió al Tribunal Superior de Bogotá, como cuestión principal, declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y, subsidiariamente, reconocer la nulidad a partir de la formulación del cuestionario a los jurados. Las dos peticiones se apoyaban en los mismos supuestos: en primer término, que en el auto de proceder se dejó claro que Escamilla dirigió el arma hacia Jesús Sánchez y la muerte de Passos se produjo porque se interpuso en la trayectoria del proyectil; y en segundo lugar, que el cuestionario se redactó señalando a Escamilla como responsable "...de haber dado muerte a José María Passos Yáñez, mediante lesiones que con el propósito de matarlo le causó al disparar arma de fuego...". A juicio del señor defensor el cuestionario se redactó en desacuerdo con la parte motiva del auto de enjuiciamiento y la respuesta del jurado no se ajustó a la realidad procesal.

El Tribunal Superior de Bogotá en el fallo impugnado en casación estudió a fondo las cuestiones propuestas por la defensa y en particular los términos en que se

redactó la pregunta formulada a los jurados. Así, se lee en esa pieza procesal esta primera explicación:

"Ahora, retirámonos a la omisión, en el mismo cuestionario, de la importante circunstancia del *aberratio ictus*. Es un hecho claro que, queriendo disparar contra Sánchez, Escamilla hirió a Passos, quien murió. El antiguo art. 14 describía muy bien esta situación que el maestro Carrara había concebido del modo más racional y equitativo: 'Cuando por error o accidente se cometa un delito en persona distinta de aquélla contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien se dirigía la acción'.

"La Sala no tiene inconveniente alguno en aceptar que hubiera sido mejor que la pregunta sometida por el Juez al jurado hubiera incluido esta importante circunstancia, diciendo algo como esto: '(el sindicado queriendo matar a Jesús Sánchez, por haberse interpuesto José María Passos Yáñez, lo hirió con arma de fuego, por lo cual falleció...'. Pero, por haberse omitido en la pregunta esta circunstancia, tampoco se estaba negando, máxime si se tiene en cuenta, como lo recoge el acta de audiencia pública que, particularmente el señor fiscal, explicó al jurado, lo ilustró suficientemente, no sólo de tal manera como ocurrieron los hechos –el error en el golpe– sino de las demás circunstancias y modalidades que lo rodearon. Además, el señor defensor sugirió a los jueces populares la culpa, con base en que Escamilla hubiera disparado al suelo y, de rebote, la bala hubiera causado los daños en el cuerpo de la víctima. De modo que se discutió también la intención de matar, para no hablar de otro punto fundamental del debate, la legítima defensa presunta con fundamento en esta respuesta de Escamilla (Fl. 27): 'No me consta que hubiera sacado arma (Sánchez), vi a la amaganción (sic) únicamente' " (Fls. 20 y 21).

Y la explicación se complementó de esta manera:

"Entonces, no cabe duda alguna de que los jueces de conciencia oyeron de boca de una de las partes, al representante de la sociedad, una explicación ajustada a las pruebas del expediente, muchas de cuyas pruebas importantes el fiscal leyó. El jurado optó por expresar que Escamilla sí es responsable de ese homicidio y a fe que no se equivocaron en absoluto, pues que si algo tiene respaldo en los autos es esta postura interpretativa de los hechos. Desaparecido del Código Penal de 1980 el contenido del art. 14 del antiguo, no por ello se entiende que hay vacío de legislación en cuanto hace al fenómeno que naturalmente se presenta, como en este caso, de que un incriminado pretenda dar muerte a alguien pero, por error, dé el golpe a un tercero. Pensar siquiera que el contenido del art. 21 del C.P. sobre causalidad –'Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión'– implica la impunidad para el evento de un *aberratio ictus*, es absurdo. Porque este artículo da base para la condena de quien, culpablemente, haya querido matar a otro pero por falta de cuidado o puntería, haya afectado a alguien a quien no quería afectar. ¿Fue la muerte de Passos resultado de la acción voluntaria de Escamilla? Sin duda alguna. Sólo que, como lo hizo el jurado a instancias del fiscal, no tuvo en cuenta las circunstancias que mediaban entre Escamilla y Passos, sino entre aquél y Sánchez, y condenó" (Fl. 22).

La demanda

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se impugna el fallo condenatorio de segundo grado por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento de las formas propias del juicio. En concreto se sostiene en el libelo, que el cuestionario no se redactó en acuerdo pleno con la parte motiva del auto de proceder, pues al jurado se preguntó si Escamilla era responsable o no "...de haber dado muerte a José María Passos Yáñez, mediante lesiones que con el propósito de matar le causó al disparar arma de fuego...". Se incurrió en dos irregularidades: la primera, no consignar en el cuestionario que el arma se dirigió al cuerpo de Jesús Sánchez y la segunda, haberse afirmado que Escamilla tuvo el propósito de matar a José María Passos.

Así, pues, se afirma en la demanda de casación que la pregunta formulada al Tribunal de conciencia se redactó en desacuerdo con lo prescrito en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, y de esta manera se desconoció una de las formas propias del juzgamiento.

En consecuencia, se solicita casar el fallo de segunda instancia, declarar la nulidad del proceso a partir de la convocatoria a la audiencia pública y disponer que en el nuevo acto de juzgamiento se formule la pregunta al jurado en acuerdo pleno con el auto de proceder.

Consideraciones de la sala

Primera. *Aparece indudable en el proceso que el acusado Alvaro Escamilla disparó el arma que portaba al cuerpo de Jesús Sánchez, persona que había disgustado con Luis Alfonso Rueda, y al interponerse José María Passos, amigo de aquél, recibió el proyectil en el cuello, falleciendo siete días después a consecuencia de las graves lesiones sufridas.*

La esposa de Passos, señora Rita Carrillo informó que su marido llegó a la casa y le pidió trasladarlo a un hospital porque había resultado herido al tratar de impedir una riña. Esta explicación la confirmó Jesús Sánchez.

Así, pues, *forzoso es admitir que del comportamiento del acusado Escamilla se derivaron dos resultados: uno de daño, la muerte de José María Passos y otro, la puesta en peligro del bien jurídico de la vida de Jesús Sánchez.*

Los juzgadores de instancia solo tuvieron en cuenta el primer evento y, como dice un autor, "trasladaron" a éste el elemento intencional que concurría en el otro resultado, y razonando en esta forma sólo consideraron un delito: el que llegó a la consumación.

Segunda. *Es indudable que en los juzgadores de instancia influyó decisivamente lo que disponía el artículo 14 del Código Penal de 1936, a propósito de la* "aberratio ictus". *Así, en el auto de proceder se lee "...pues lo que se tiene en cuenta para los efectos penales es el resultado obtenido aun cuando el que se buscaba satisfacer con la conducta desplegada fuera diverso...". Se insinúa una responsabilidad objetiva respecto del resultado producido. Se aplica a este último la forma de culpabilidad que asumió el agente en relación con el primer evento, el que no se consumó.*

Y en la sentencia impugnada en casación se transcribe el artículo 14 citado y se comenta que "describe" acertadamente lo ocurrido en este proceso y se concluye en el sentido de aceptar la respuesta del jurado y condenar a Escamilla por homicidio intencional en José María Passos.

En la nueva legislación desapareció la norma relativa al "error en el golpe", pues se consideró que con las disposiciones de la parte general se resolvían los problemas que surgieran al respecto. Este concepto quedó consignado así en "La relación explicativa" que el Presidente de la Comisión Asesora para la reforma del Código Penal, senador Federico Estrada Vélez, presentó en el texto final del estatuto. El "error accidental" se decidió eliminarlo "...no solo porque nada tiene que ver con la culpabilidad, sino también porque es inútil e injusto. Inútil, porque los problemas que pretende solucionar se resuelven sin dificultad a través del concurso de hechos punibles, con el moderamen de la culpabilidad. Injusto porque la institución del error accidental constituye, con cualquier redacción que se le dé, una fuente de responsabilidad objetiva" (Subrayamos).

En realidad, al juzgador incumbe considerar, en primer término, la pluralidad de resultados que produjo el agente con su comportamiento, su naturaleza homogénea o heterogénea y, si ellos –los eventos– llegaron a la consumación o a la simple puesta en peligro del bien jurídico tutelado; y, en segundo término, determinar "las formas" de culpabilidad de esos hechos punibles.

Así, surgen diversas hipótesis respecto de la conducta del agente que busca un daño determinado pero que, por circunstancias ajenas a su voluntad, ese propósito se frustra y se produce un resultado en persona o cosa diferente de la querida por el sujeto activo. En estas condiciones el intérprete debe recurrir a las normas del Código Penal relativas al concurso de delitos, a la consumación y tentativa del hecho punible y, en particular, a "las formas" de la culpabilidad. Estas últimas caracterizan el comportamiento del agente que, por ejemplo actúa con dolo pero debido a la intervención de un tercero o de un acontecimiento inesperado produce varios resultados, uno más grave que el originalmente propuesto. Es preciso establecer, en relación con aquel evento, si fue consecuencia de "falta de previsión del resultado previsible" o confianza "en poder evitarlo" (artículo 37 del C.P.), o aceptación del hecho punible previéndolo "al menos como posible" (dolo eventual, artículo 36, ibidem) o preterintencional porque "siendo previsible, excede la intención del agente" (artículo 39) o, finalmente, determinado por "caso fortuito o fuerza mayor" excluyendo de esta manera la culpabilidad (artículo 40, ibídem). *Por lo demás, la relación causal es elemento* sine que non *para deducir la responsabilidad penal (artículo 21).*

En conclusión, no es que el "error accidental" o las otras formas de error (en la persona o en el objeto material del delito) hayan desaparecido de la legislación colombiana sino que, como se acaba de comentar, no son necesarias reglas especiales para regularlos. Las normas de la parte general ofrecen solución a los problemas que a ese respecto se puedan presentar.

Tercera. En este orden de ideas incumbe a los juzgadores de instancia, dictada esta sentencia de casación, tener en cuenta las disposiciones de la Parte General del Código Penal para calificar completa y acertadamente el comportamiento del agente y la pluralidad de resultados que de él se derivaron.

Cuarta. A juicio de la Sala no se trata de la falta de consonancia del cuestionario con la parte motiva del auto de proceder, que insinúa la demanda de casación. *Se considera una irregularidad de mayor alcance jurídico, esto es, que la calificación del mérito del sumario aparece incompleta. El comportamiento del acusado produjo pluralidad de resultados. Es tarea de las instancias emitir la calificación que corresponde teniendo en cuenta los aspectos objetivo y subjetivo del hecho punible.*

La completa y la acertada calificación del mérito del sumario son, a no dudarlo, garantías del debido proceso. Si ellas no se cumplen es preciso invalidar la actuación para subsanar la irregularidad en que se ha incurrido. En cuanto a la desacertada estimación jurídica de los hechos en el auto de proceder, el numeral 5° del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal dispone la invalidación de ese pronunciamiento para que el juzgador la corrija. Y si la calificación resultó incompleta, por no haberse apreciado uno o varios resultados con trascendencia en el campo del derecho, es obligatorio invalidar la respectiva decisión. Es preciso mantener el principio de la unidad procesal, razón de más cuando diversos resultados antijurídicos se atribuyen a la misma persona por una sola conducta (artículo 167 del Código de Procedimiento Penal).

La garantía constitucional del debido proceso ha sufrido mengua en este asunto al no calificarse, al término de la investigación en un solo acto, todos los hechos atribuidos al acusado Escamilla que pueden tener repercusión en el campo penal.

Quinta. La Sala ya se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la declaratoria de oficio de las nulidades que advierte con motivo del recurso de casación que se le propone. Así, vale la pena recordar uno de los primeros fallos en que se estableció tal jurisprudencia, señalando su preciso alcance:

"No obstante las consideraciones anteriores, parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración aun con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que regulan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

"Si esto es así y si justamente el haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el Tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

"No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de

suyo, ostensiblemente, nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta Política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación.

"En sentencia de seis de noviembre último –recurso extraordinario de casación de Mario Tejada contra la sentencia pronunciada en su contra por el Tribunal del Distrito Judicial de Montería–, la Corte, con el voto unánime de los miembros integrantes de su Sala Penal, asumió con plenitud el antecedente jurisprudencial contenido en los apartes inmediatamente anteriores, como pasa a verse a continuación:

"Dijo la Corte en las consideraciones de ese fallo:

"En verdad, la Corte ha sostenido siempre que cuando actúa en sede de casación no puede estudiar una causal extraña al libelo de impugnación, ni suplir el pensamiento del actor, colmando los vacíos o subsanando las deficiencias de la demanda, porque ello desvirtuaría la naturaleza técnica del recurso extraordinario de que se trata. Criterio que en manera alguna ha impedido a la Corporación una postura intelectual compatible con el proceso evolutivo de la jurisprudencia. Prueba de este aserto se halla en el siguiente paso doctrinario: 'La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo' (Casación de 26 de junio de 1953, tomo LXXV, número 2130, página 473).

"Las causales de casación y las de nulidad son taxativas. Ni unas ni otras quedan al arbitrio del intérprete. Obligan por igual a los jueces. Las causales de casación tienen como destinatarios a los jueces del recurso extraordinario, y las nulidades a la totalidad de los jueces, sin excluir a los de casación.

"Cuando el artículo 581 advierte a la Corte Suprema de Justicia que no podrá tomar en cuenta causal es de casación distintas de las que hayan sido expresamente alegadas por las partes, previene que deben ser invocadas y sustentadas por ellas y prohíbe a la Corte obrar de oficio en la materia. Pero uno es tomar en consideración causales de casación distintas a las expresamente alegadas por las partes, y otro, declarar la Corte las nulidades que advierta, al estudiar el recurso de casación, y ordenar reponer el procedimiento desde que se presentó la causal pertinente, para que se subsane el defecto, como lo manda perentoriamente el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. La nulidad lo es y vicia el procedimiento independientemente de que haya sido reclamada por las partes y puede, válidamente, ser alegable en las instancias, y posteriormente solo en el recurso de casación. Esto porque, con la ejecutoria, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada y contra ella cabe solamente el recurso de revisión, por causales igualmente taxativas.

"Las nulidades que, advertidas por los jueces, deben decretar, son precisamente las que no han sido reclamadas por las partes. Y es redundante afirmar que tienen como finalidad principal conservar en su integridad la estructura del proceso, y que

los artículos 212 y 213 del Código de Procedimiento Penal proveen a un doble control de legalidad. El primero, de carácter obligatorio, a cargo de los jueces, en cualquier momento del proceso. Abandonando el segundo al buen criterio de los litigantes y a su rigurosa demostración.

"No todas las nulidades se manifiestan con el mismo carácter de ostensibles. Las hay que requieren análisis severo y aguda penetración como aquellas que siendo de suyo errores manifiestos de hecho, devienen nulidades por cuanto inciden en la denominación errónea de la infracción. Como cuando el sentenciador tiene como probada la violencia en la sustracción de bien mueble ajeno, sin estarlo, y califica robo el hurto, y en otros casos, igualmente difíciles, cuyo reparo oficioso entraña embarazos y contrariedades que impiden su inmediato entendimiento, a cuya claridad contribuye ciertamente la actividad de las partes.

"Nadie sería osado a poner en duda que el recurso extraordinario de casación, interpuesto en su hora, impulsa el proceso hacia una nueva fase que, con las instancias, conforma unidad inescindible pues solo con la sentencia en firme se opera la cosa juzgada. Es el recurso un momento más del proceso dentro del cual el juez que advierta una de las causales de nulidad previstas en los numerales de los artículos 210 y 211, debe declararla de inmediato y ordenar que se reponga el procedimiento. Con cuanta mayor razón si son de aquellas que la jurisprudencia ha venido elaborando, sistemáticamente, con base en los artículos 26 y 28 de la Carta Política y que dicen relación al debido proceso.

"Por ello no sobra insistir en la diferencia cierta que se da entre la nulidad como causal de casación y la nulidad como vicio del proceso.

"La primera exige del proponente ajustarse rigurosamente a la técnica del recurso extraordinario. Y corre a su cargo el invocarla con precisión y demostrarla en la exacta magnitud de sus pretensiones.

"Como vicio fundamental del procedimiento, vale decir de carácter insubsanable, solo requiere para su reconocimiento judicial el haber sido advertida por el juzgador, oportunamente, es decir, antes que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Su advertencia por el juez obliga a su pronunciamiento, no importa si el recurrente, que debe alegarla con el rigor técnico que la disciplina del recurso extraordinario hace perentorio, no logra su cometido, la invoca con fundamento en una causal distinta, o ignora paladinamente al sustentar la demanda la causal de nulidad que ciertamente afecta la sentencia. El juez debe decretarla inexorablemente. Lo contrario sería tanto como sostener que las nulidades en el recurso extraordinario de casación, lo son, exclusivamente, si en forma expresa las alega el recurrente. Pero que su ignorancia por el censor subsana el procedimiento.

"El haberse dictado setencia en juicio viciado de nulidad ha sido estatuido como causal de casación, sin perjuicio de la obligación judicial de hacer pronunciamiento de nulidad en el instante en que lo advierta. Lo mismo en las instancias que en el recurso extraordinario. En éste, como en las instancias pueden las partes reclamar válidamente su pronunciamiento, previa su demostración. No después, porque la cosa juzgada, salvo el recurso de revisión, al poner fin al proceso, hace presumir la validez de lo actuado.

"El artículo 581 que prescribe la taxatividad de las causales de casación, hay que entenderlo en armonía con el artículo 212 del mismo estatuto procesal, que ordena al juzgador decretar las nulidades establecidas en los artículos 210 y 211, en cualquier momento del proceso que las advierta y con el artículo 26 de la Carta Política que cautela las formas propias del juicio, mandamiento de orden superior al que están subordinados los artículos anteriores, que de él reciben su mejor inteligencia.

"Si ello es así, carece de razón el argumento, según el cual las nulidades en el recurso extraordinario de casación deben ser siempre expresamente alegadas por el actor, sin que puedan decretarse directamente por el juez, como lo preceptúa el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal.

"Carece de fundamento dicho razonamiento, también, porque el artículo 212 citado, no hizo exclusión de los jueces en sede de casación. Ni distinguió entre jueces de las instancias y jueces del recurso extraordinario. Y, además, porque el constituyente elevó a la categoría de nulidad constitucional en el artículo 26 de la Carta, la inobservancia de las formas propias del juicio, como sería dictar sentencia, a sabiendas, en juicio viciado de nulidad.

"Quien como juez llegare a pensar que la taxatividad de las causales establecidas por el artículo 581 en concordancia con el 580 del Código de Procedimiento Penal es incompatible con los mandamientos del artículo 212, salvará el escollo si repara en lo dicho y en que la supremacía de los preceptos constitucionales exige la suspensión por el juez de los ordenamientos de tipo legal que con ellos aparecen en franca oposición en un caso concreto (artículo 215 de la Carta Política)". Gaceta Judicial No. 2392, 2ª parte, sentencia del 27 de noviembre de 1975. Casación de Alberto Mendoza y otro, págs. 477, 478 y 479.

Tal criterio recibió confirmación, entre otros, en el fallo de 17 de marzo de 1981 casación de Oliverio Giratá.

En consecuencia, como el auto de proceder dictado en este asunto aparece incompleto por no haberse calificado uno de los resultados que produjo el agente con su comportamiento entijurídico, la actuación es nula desde ese proveído, inclusive, y así lo habrá de declarar de oficio la Sala en salvaguarda de la garantía constitucional del debido proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Alvaro Escamilla, DECLARA en consecuencia, la nulidad del proceso a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive, y ordena calificar el sumario de manera completa, según se puntualizó en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

1. FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

Las actas de diligencias judiciales son documentos públicos y la omisión en la firma del secretario en alguna de éstas, no la torna inexistente, pero la aseveración de que intervino, sin que haya asistido corresponde con la descripción legal de falsedad.

2. CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES

La figura antes llamada "delito continuado" está regulada en la actual legislación como concurso de hechos punibles, con enfoque y denominaciones diferentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 088.

Bogotá, D. E., 24 de septiembre de 1985.

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual esa Corporación impuso la pena principal de sesenta meses de prisión a Guillermo León León, Ex-juez Promiscuo Municipal de Muzo, como autor responsable del delito de falsedad en documento público.

HECHOS

En este proceso se acumularon varias causas seguidas contra León León, por hechos realizados mientras desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Muzo y de los cuales ha venido conociendo en primera instancia el Tribunal Superior de Bogotá por cambio de radicación.

Empero, salvo una de las acciones penales, esos comportamientos prescribieron y así fue declarado judicialmente en cada oportunidad. De modo que sólo subsiste la

imputación consistente en que León León, dentro del sumario No. 976 en el cual se investigaba el homicidio cometido el 26 de agosto de 1972 en la persona de Luis Mendoza, practicó personalmente varias diligencias sin la presencia de la secretaria del Juzgado, Dora Cecilia Barrera de Piñeros, pero en las actas respectivas consignó que ella sí había intervenido en esas actuaciones.

RESULTANDOS

1. Mediante las copias auténticas aportadas al expediente, se halla acreditado que en el sumario aludido los hechos relevantes para este proceso tuvieron el siguiente desarrollo:

a) El 13 de noviembre de 1972 se recibió indagatoria a Julio Roberto Gordillo Marcelo y con auto del 16 de ese mismo mes se le resolvió favorablemente su situación jurídica; esas dos actuaciones aparecen suscritas por el juez y la secretaria;

b) En los días 23 y 24 de noviembre se oyó en injurada a Luis Jairo Gordillo Marcelo, el 30 de dicho mes se recibió declaración juramentada a Gloria Moreno y el 1° de diciembre se recepcionó nuevamente indagatoria a Julio Roberto Gordillo Marcelo; en todas las actas de estas tres diligencias se afirma expresamente que la secretaria Barrera de Piñeros intervino en ellas, pero están firmadas únicamente por el juez León León;

c) En auto de noviembre 25 de 1972 se dispuso dejar en libertad a Luis Jairo Gordillo Marcelo con el argumento de que había actuado en legítima defensa; esa decisión se le notificó al día siguiente y en proveído de 1° de diciembre se adoptó la misma determinación respecto de Julio Roberto Gordillo Marcelo, en relación con el cual el procesado León León dispuso además "ordenar el cese de todo procedimiento... ya que el hecho no existe contra el indagado dándole así cumplimiento a lo estatuido en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal..." (sic). Estas tres actuaciones también aparecen suscritas exclusivamente por el procesado León León;

d) Con fecha 23 de febrero de 1973, la señora Barrera de Piñeros, quien había reemplazado poco antes a León León en el cargo de Juez Promiscuo Municipal, dejó constancia escrita de que "en este Despacho se presentó el señor Carlos Contento e informó que el señor juez Guillermo León León, para decretar la libertad del sindicado Gordillo les hizo firmar una letra por la suma de veintiocho mil pesos a favor del amigo del juez Israel Coca Torres, y que el informante Carlos Contento quedó como fiador", y

e) El Juzgado 2° Superior de Tunja, en todo caso, prosiguió posteriormente esa investigación por la muerte de Luis Mendoza.

2. En su testimonio juramentado, que reiteró en presencia del ex-juez León León, la señora Barrera de Piñeros explicó que el sumario No. 976 se adelantó normalmente hasta el 23 de noviembre de 1972, fecha en la que por primera vez compareció a rendir indagatoria Luis Jairo Gordillo Marcelo; que a partir de ese día las diligencias las efectuó León León en su oficina, que a la vez le servía de dormitorio, sin la presencia de ninguna otra persona; que, por tanto, ella no estuvo presente en las actuaciones posteriores; que el procesado igualmente, desde la fecha indicada, procedió a guardar en su propio escritorio el expediente respectivo; que por

tal razón ella no se enteró de lo que estaba sucediendo y solo vino a percatarse de lo ocurrido a finales de enero de 1973, cuando, por disposición del Tribunal Superior de Tunja, hubo de recibirle el Juzgado a León León y que, en consecuencia, se abstuvo de suscribir las actuaciones en las que no había intervenido.

La testigo Barrera de Piñeros, además, ratificó la constancia que como Juez encargada había dejado sobre la información suministrada por Carlos Contento en relación con el dinero que León León habría exigido a los Gordillo.

3. Documentalmente está demostrado que en los hechos referidos Guillermo León León actuó como Juez Promiscuo Municipal de Muzo.

4. Respecto de la conducta aquí examinada, en su injurada el ex-juez se limitó a decir que no recordaba ningún detalle y que si existían diligencias sin firmar era porque la secretaria habría cambiado algunos folios de los expedientes.

5. En la diligencia de audiencia pública, a más de criticar la supuesta falta de lealtad de la señora Barrera de Piñeros para con quien había sido su inmediato superior, adujo que no se demostró si la secretaria había estado ausente del Juzgado (por permiso, licencia o vacaciones) durante los días de las diligencias atrás mencionadas, con lo cual se explicaría su inasistencia a esas actuaciones, y que la falta de su firma genera únicamente la inexistencia de los actos pero no constituye falsedad.

6. El Tribunal Superior de Bogotá, sin embargo, en la providencia recurrida consideró que se hallan plenamente demostradas la existencia del hecho consistente en hacer aparecer en documento público a persona que no intervino en él y la responsabilidad penal de León León por tal conducta. En consecuencia, condenó a este último a la pena principal de sesenta meses de prisión con base en los arts. 32 y 231 del Código Penal de 1936, vigente para la época de los hechos y aplicable en razón del principio de favorabilidad, y declaró que el procesado ya cumplió esa pena en detención preventiva.

7. En el escrito con el cual sustentó el recurso de apelación, Guillermo León León ha solicitado que se decrete la nulidad del proceso, por cuanto no se le concedió el uso de la palabra en la audiencia pública y porque su defensor fue reemplazado en el transcurso de dicha diligencia.

8. El Procurador 2° Delegado en lo penal ha rechazado, primeramente, la posibilidad de que se haya incurrido en causal de nulidad por los motivos que expone el ex-funcionario y, tras analizar el acervo probatorio que ha quedado expuesto, pidió que se le confirme la sentencia del *a quo*, ya que, en su concepto, "se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales exigidos por el art. 215 del Código de Procedimiento Penal".

Considerandos

1. La Sala, ante todo, acoge el criterio del colaborador fiscal en el sentido de que en la audiencia pública no se presentó ninguna violación del derecho de defensa y, por tanto, no se incurrió en nulidad supralegal. En efecto, a León León no se le concedió el uso de la palabra dentro de esa diligencia por cuanto, pese a estar en libertad y a habérsele citado oportunamente, apenas compareció a la segunda parte de

esa actuación, cuando ya había precluido su oportunidad procesal de intervenir y así se consignó expresamente en el acta respectiva; y, de otra parte el art. 517 del C. de P.P. no prohíbe la sustitución del defensor, la cual, en todo caso, se hizo por voluntad del propio procesado.

Por consiguiente, procede la Sala a examinar si están satisfechos los presupuestos legalmente exigidos para proferir sentencia condenatoria.

2. Adecuación típica. Al respecto *ha de precisarse,* previamente, *que al ex-juez no se le atribuye la omisión de las firmas de la secretaria –como equivocadamente lo sostuvo el defensor–, sino el haber aseverado que ella participó en diligencias a las que no asistió, independientemente de que aquella funcionaria hubiese o no suscrito las actas respectivas.*

También advierte la Sala que pese a la omisión aludida, las mencionadas actas son documentos públicos. En efecto, tienen esta calidad los expedidos en ejercicio de sus funciones por el empleado oficial a quien legalmente le corresponda hacerlo y siempre que se satisfagan los presupuestos formales esenciales. Como en el evento sub-judice *se trataba de la recepción de indagatorias y testimonios, función jurisdiccional ésta asignada a los jueces y no a los empleados de los despachos judiciales, colígese entonces que la firma de la secretaria no era un presupuesto formal esencial y que, por lo mismo, su ausencia no torna el documento en inexistente.*

Ahora bien, la aseveración de que la señora Barrera de Piñeros estuvo presente se encuentra contenida en la indagatoria de Luis Jairo Gordillo Marcelo (realizada en dos sesiones), en la declaración de Gloria Moreno y en la segunda injurada de Julio Roberto Gordillo Marcelo. La imputación por falsedad, pues, se limita a tales actuaciones y de ella están excluidos los autos de noviembre 25 y diciembre 1° de 1972, así como la notificación de noviembre 26 del mismo año, ya que en estos últimos no se afirma que la secretaria tomó parte en ellos, sino que simplemente aparece escrito su nombre al final de los respectivos documentos.

Ese comportamiento atribuido al procesado es típico, por cuanto corresponde a la descripción legal de la falsedad en documento, entonces inserta en el art. 231 ord. 4° del Código Penal de 1936 (y recogida en el art. 219 de la codificación vigente), ya que consistió en que un empleado público, abusando de sus funciones, faltó a la verdad en los hechos que consignó en documentos públicos.

La efectiva realización de dicha conducta por parte de León León, está demostrada ante todo, por el testimonio coherente, serio y reiterado de la señora Dora Cecilia Barrera de Piñeros, en quien no se observa razón alguna que la llevase a mentir bajo la gravedad del juramento y, antes bien, ella mejor que nadie puede atestiguar sobre su propia ausencia en las diligencias atrás señaladas. Pero, aún más, fue precisamente su leal actitud para con la administración de justicia lo que condujo a la iniciación de veintidós investigaciones respecto del comportamiento de León León.

Tiénese, además *que esa falsedad repetida en cuatro ocasiones tenía un único designio: la emisión de providencias reñidas con la ley, a cambio de una suma de dinero exigida a los interesados (aunque estos hechos, como ya se indicó, estén prescritos). Se configuró entonces la figura antes llamada "delito continuado" (art. 32*

del Código Penal de 1936), que en la nueva legislación penal está regulada ciertamente, aunque con enfoque y denominaciones diferentes. En efecto, del art. 26 del C.P. despréndese que el concurso de hechos punibles puede ser homogéneo o heterogéneo y sucesivo o simultáneo. Y la combinación de estas formas concursales, da lugar a cuatro figuras: concurso homogéneo y sucesivo, concurso homogéneo y simultáneo, concurso heterogéneo y sucesivo, y concurso heterogéneo y simultáneo, dentro de las cuales caben íntegramente las modalidades de la anterior codificación, así: el concurso ideal es simultáneo y heterogéneo, el delito o concurso continuado es sucesivo y homogéneo, y el concurso material puede darse en cualquiera de las cuatro formas atrás señaladas.

Con la entidad probatoria exigida por el art. 215 del C. de P.P., pues, la Sala encuentra acreditado que Guillermo León León realizó conducta típica correspondiente a los arts. 231 ord. 4° y 32 del Código Penal precedente.

3. Antijuridicidad. En la misma forma hállase demostrado que ese comportamiento del procesado fue antijurídico, comoquiera que afectó un bien penalmente protegido (la fe pública) y, en particular, irrogó perjuicios al interés colectivo por la veracidad de los documentos públicos.

4. Imputabilidad. El ex-juez León León en repetidas ocasiones ha solicitado que se le tenga como inimputable en el presente proceso. Dicha pretensión es improcedente ya que si bien con posterioridad a los hechos aquí investigados el procesado sufrió transitorias alteraciones mentales, que condujeron a que durante buena parte de la detención preventiva estuviera recluido en establecimiento siquiátrico, mediante el dictamen médico-legal definitivo sábese que el ex-funcionario "no presentó grave anomalía psíquica para la época del delito de falsedad en documentos" y esta conclusión está respaldada plenamente por toda la información obrante en autos, que muestra a León León como persona capaz, en aquel momento, de comprender la ilicitud de su conducta y de autodeterminarse según esa comprensión. Trátase, por ende, de sujeto imputable.

5. Culpabilidad. Los mismos elementos de juicio que acreditan el aspecto material de la conducta del ex-juez, señalan igualmente que éste sabía y quería la realización del comportamiento antijurídico. Por manera que cometió el hecho dolosamente.

6. Punibilidad. Por estar reunidos los requisitos del art. 215 del C. de P.P., hizo bien el Tribunal Superior de Bogotá al deducirle responsabilidad penal al incriminado. Y tampoco tiene la Sala ninguna objeción respecto de las penas impuestas, ya que éstas fueron escogidas dentro de los límites legales y siguiendo los lineamientos normativos que guían la discrecionalidad judicial en la individualización de la sanción.

7. Por consiguiente, la Sala mantendrá íntegramente la decisión del *a quo*.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez Ramos.
Secretario.

CONSULTA - EXIGENCIA

Es de útil recomendación para la normatividad penal militar, más que en la ordinaria, la de decantar más agudamente la consulta.

CONSULTA

Ordenes en el Procedimiento Penal Militar

En el procedimiento penal militar se advierten dos grandes órdenes en cuanto a la consulta:
a) El de la mención expresa, y
b) El de las sentencias, como conclusión de tres procedimientos; para el consejo de guerra verbal que está excluida y para el consejo ordinario de guerra y el procedimiento especial, que se consultan si corresponden a delitos que tengan indicada una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta No. 88 de septiembre 24 de 1985.

Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

VISTOS

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de tres de octubre del año próximo pasado, confirmó la sentencia absolutoria proferida en favor del infante de marina Rómulo Cortés Valderrama, a quien se imputó la comisión de un delito de "abandono del puesto".

Introducido el recurso de casación en tiempo oportuno (auto de enero 22 de 1985), y, admitida la demanda pertinente presentada por el fiscal 3° de la citada corporación (mayo 2 de 1985), se procede a la decisión de fondo.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Este es el relato de la primera instancia:

"...el señor teniente de corbeta Martínez Vargas Víctor M., segundo comandante de la Flotilla Fluvial del Oriente, en escrito de fecha, julio 19 de 1983, formula denuncia penal contra el infante Cortés Valderrama Rómulo, por el delito de abandono del puesto 'y afirma en una de sus partes...' el día 18 de julio de 1983, siendo aproximadamente las 06:50 horas de la mañana, recibí parte del comandante de guardia SSIM Camargo Flautero Pablo, quien se encontraba nombrado por la Orden del Día No. 133 CFFO-JUL-83. Que el IMAR Cortés Valderrama Rómulo, había sido sorprendido aproximadamente a las 22:30 horas del día 18 de julio de 1983 por el marinero Jaramillo Rivera Carlos en la calle comprando cigarrillos, estando en esos momentos de guardia efectiva nombrado por la Orden del Día No. 133 CFFO-JULIO 18 de 1983. 'Los hechos antes descritos tuvieron ocurrencia en la localidad de Puerto Carreño...' ".

La investigación fue asumida por el Juez 41 de Instrucción Penal Militar y la primera instancia por el Comandante del Batallón Fusileros de Infantería de Marina número 7, quien dictó sentencia absolutoria el 18 de mayo de 1984, ordenándose en la misma su consulta, grado de jurisdicción cumplido ante el silencio del procesado y del fiscal.

LA DEMANDA

El censor acude a la causal 4ª del artículo 580 del C. de P.P., pues niega al Tribunal Superior Militar competencia para revisar el fallo pronunciado, por la vía de la consulta (arts. 26 C. N. y 341 C. J. P. M.).

Estima el recurrente que "no son consultables las sentencias de primer grado, proferidas en procesos donde se haya contemplado exclusivamente algún delito que '...tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo exceda de cinco años...', conforme lo dice textualmente el numeral 1° del actual artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, correspondiente al art. 1° de la Ley 17 de 1975", disposición esta que debe aplicarse a los juicios penales militares tramitados por el llamado procedimiento especial (art. 590 C.L.P.M.).

Sobre el punto anota:

1. Las normas sobre jurisdicción y competencia son de restrictiva interpretación (G.J. XLIX, pág. 652 y XC, pág. 760).

2. La Circular 1483 de 28 de mayo de 1979, originada en la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, como recomendación a los organismos castrenses, desarrolla este principio y señala la no consultabilidad de sentencias por delitos conminados con pena privativa de la libertad a cinco años.

3. El art. 1° de la Ley 17 de 1975 sustituyó expresamente el art. 199 del C. de P.P., buscando "descongestionar los despachos judiciales en segunda instancia".

4. Asumir posición contraria a la anteriormente señalada, por supuestas razones de conveniencia, es asunto que sólo compete al legislador.

5. "Si del texto de los artículos 324 y 591 del CJPM., se desprendiera que todos los procesos de competencia de la Jurisdicción Penal Militar tienen el grado de consulta, sobrarían las disposiciones donde tentativamente se señala ese grado jurisdiccional, como ocurre, por ejemplo, cuando así lo indican los artículos 417, 543, 565, 585, 587, inciso 1° y 610 del Estatuto Penal Castrense".

Concepto de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares

Se opone a la pretensión del recurrente y sobre el particular recuerda la modificación de criterio establecida en la Circular 2403 de 29 de septiembre de 1983 (también mencionada por el impugnador). Y destaca:

"a) Que no existe vacío en el Código de Justicia Penal Militar, puesto que interpretando los artículos 324 numeral 2° y 591 del Código de Justicia Penal Militar, el Tribunal Superior Militar tiene como atribuciones entre otras, los de conocer de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos penales. Debe, por ende, aplicarse en toda su integridad el Código Penal Militar, defendiendo sus principios y propósitos, no recurriendo equivocadamente al procedimiento ordinario (artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar), para llenar un vacío inexistente;

"b) La necesidad que la justicia se administre en las dos instancias, como un principio de legalidad para evitar equivocaciones, apreciaciones confusas o erradas y permitir la controversia, en aras de tutelar los intereses de las partes que se hayan podido violar;

"c) Que uno de los motivos que influyó en la adopción por vía interpretativa de la Ley 17 de 1975 fue la congestión de procesos en el Tribunal Superior Militar... Finalmente menciona el Decreto número 1057 de 4 de mayo de 1984 (estado de sitio), el cual, en su artículo 1° eliminó la consulta para los procesos por delitos de 'abandono del puesto, deserción y abandono de servicio', aspecto legislativo que le permite concluir en el siguiente sentido: 'no son consultables cuando se cometan a partir de la declaratoria del estado de sitio' (Decreto número 1038 del 1° de mayo de 1984); pero los cometidos antes de esta declaratoria de estado de sitio o sea los del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar si eran consultables y el delito materia de esta casación se perpetró el 19 de julio de 1983 o sea cuando el país se hallaba en estado de normalidad jurídica y por tanto debía consultarse".

Consideraciones de la Sala

De ningún sistema procedimental colombiano se puede decir que se caracteriza por imponer la consulta de todas las resoluciones (sentencias) judiciales. Ni siquiera en los primeros ordenamientos aparece esta nota como distintiva. Y está bien que así sea porque de ese grado jurisdiccional se ha dicho, por los doctrinantes, que refleja una tan deficiente organización judicial que debe subsanarse con el remedio de establecer obligatoriamente, la revisión de toda providencia. Esto significa, cuando se impone este carácter absoluto y fatal, que los organismos inferiores no merecen confianza en el ejercicio de sus atribuciones. Y se suele comentar algo más: que un sistema de vigilancia judicial adecuado y eficaz, haría prescindible la consulta puesto que la actuación del superior se produciría a expensas de la apelación introducida por el

Ministerio Público. Pero como éste no ha logrado esa deseable perfección e idoneidad, se ha tenido que recurrir a un criterio transaccional, vale decir, especificándose la consulta de algunos autos de especial trascendencia y, en las sentencias, si éstas implican la posibilidad de una pena privativa de la libertad de apreciable significación. Sobre este último aspecto cabe destacar un mejoramiento legislativo puesto que ya la exigencia de la consulta solo se ha dispuesto en los casos de delitos sancionados con cinco o más años de privación de libertad.

Esto indica, de por sí, la improcedencia de la tesis de la Delegada, pues ésta considera como criterio conveniente y hasta legal, la consulta obligada de toda decisión en el campo de la normatividad penal militar.

"En este campo, más que en el ordinario, aparece como útil recomendación la de decantar más agudamente la consulta, ya que asumir un amplísimo criterio equivale a obstaculizar su celeridad, uno de sus más buscados y queridos objetivos, y, además, congestionar un estamento que no tiene siquiera la aceptable estructura organizativa de la justicia ordinaria".

De otro lado, si la consulta se impone para todos los casos, no se entiende para qué se ha mencionado y regulado el recurso de apelación. Este, precisamente, indica que hay situaciones en las cuales el superior solo interviene pero a petición de las partes descontentas con la resolución tomada. Y menos se comprendería la razón del adjetivo con que se inicia el inciso 2° del art. 431: "algunas providencias tienen un grado de jurisdicción llamado consulta".

En el procedimiento penal militar castrense pueden advertirse, en cuanto a la consulta, dos grandes órdenes:

a) *El de la mención expresa, precisamente porque no existe ni se insinúa el régimen de la consulta obligada y total de todas las decisiones; para ello están los artículos 417, 567, 578, 543, 565, 585, 587 y 610, y*

b) *El relacionado con las sentencias, no comprendidas en los anteriores anunciados. Se sabe de tres procedimientos que deben concluir con sentencia: el del consejo ordinario de guerra (art. 546), el del consejo verbal de guerra (art. 576), y el del procedimiento especial (art. 590). La consulta, para excluirla, se considera para el segundo de éstos, o sea, el consejo verbal de guerra o "consejo de guerra verbal", como lo denomina el Código. Entonces, qué hacer con las sentencias de los otros dos procedimientos. No existe una expresa determinación al respecto. Debe, por tanto, darse aplicación a los artículos 299 y 600 del C.J.P.M., referencia que en este caso debe ser la Ley 17 de 1975, artículo 1°, que modificó el art. 199 del C. de P.P. En otros términos, que las sentencias proferidas en juicios de procedimiento especial o mediante consejo verbal de guerra, solo se consultan si corresponden a delitos que tengan indicada una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años.*

Contra esta clara tendencia del procedimiento no es válida la alegación del principio de la doble instancia puesto que éste se cumple, satisfactoriamente, permitiendo a cualesquiera de las personas intervinientes en el proceso llevar a conocimiento del superior la decisión considerada como adversa, por acción del recurso de alzada. Es éste el que asegura este resguardo democrático de juzgamiento y no la consulta. Como aquél siempre está disponible, aun para fallos por delitos con pena privativa de la

libertad inferior a cinco años, la doble instancia es previsión que se conserva intacta y plenamente válida.

En cuanto al Decreto número 1057 de 1984, la eliminación de la consulta allí mencionada demuestra, legislativamente, el acierto de los argumentos anotados. La perjudicial y desenfocada apreciación de la Circular 2403 de 1983, atrajo este correctivo que, lamentablemente, confina su imperio al estado de sitio, pero que perdurará con la orientación que ahora marca la Corte.

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 Militar, en este proceso seguido al infante de marina Rómulo Cortés Valderrama, fechada el 3 de octubre de 1984, y, en consecuencia, declara nulo lo actuado a partir del auto de 19 de junio de 1984, que aparece a Fl. 105.

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

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

1. ESTUPEFACIENTES

La exportación de sustancia estupefaciente, en cuanto implica la acción recíproca de importación al territorio de otro Estado, configura un solo delito cumplido en dos actos.
En el mismo sentido se pronuncia la Corte en concepto del 29 de noviembre de 1983 y 8 de octubre de 1985.

2. EXTRADICION

De acuerdo con el Tratado celebrado con Estados Unidos –artículo 2°–, debe existir similitud entre los delitos atribuidos y su regulación normativa en la legislación penal colombiana.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.*

Aprobado: Acta No. 091 de octubre 1° de 1985.

Bogotá, D.E., 2 de octubre de 1985.

VISTOS

Corresponde a la Sala emitir concepto sobre la solicitud de extradición de José Antonio Cabrera Sarmiento, formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

RESULTANDOS

1. El Ministerio de Justicia ha hecho llegar a la Sala la siguiente documentación que, a su vez, había recibido de la Embajada norteamericana:

a) Nota oficial de solicitud de extradición emanada de la Embajada estadounidense (Fls. 8-14);

b) Declaración juramentada de R. Scott Palmer, fiscal en Jefe de la Unidad Legal del Gran Jurado Estatal del Estado de Florida, quien detalla los cargos que se le

hacen a Cabrera Sarmiento y otras personas en las Actas de Acusación del Gran Jurado e indica la procedencia legal del pedimento de extradición (Fls. 164-185);

c) Actas de Acusación del Gran Jurado de la Corte Suprema del Estado de Florida dictadas en el proceso contra Jack Devoe y otros; con fechas abril 27 y junio 20 de 1984 (Fls. 187-218), las cuales fueron sustituidas por el Acta de Acusación que el mismo Gran Jurado profirió el 14 de marzo de 1985 (Fls. 219-233);

d) Acta de Acusación del Gran Jurado de la Corte Suprema del Estado de Florida dictada en el proceso contra Ronald Markowski y otros, con fecha abril 27 de 1984 (Fls. 234-240);

e) Orden de detención contra José Antonio Cabrera Sarmiento, expedida por la Corte Suprema del Estado de Florida (Fls. 241-242);

f) Declaraciones juramentadas de Olmond Lawrence Hall (Fls. 244-246), James White (Fls. 248-250), Andrew Gerard James (Fls. 263-266) y Jack Raymond Devoe (Fls. 300-304), quienes manifiestan que en varias oportunidades entre 1982 y 1983 vinieron a Colombia y recibieron aquí de Cabrera Sarmiento diversas cantidades de cocaína, con destino a los Estados Unidos;

g) Declaraciones juramentadas de Charles Dodge (Fls. 252-253) y Thomas E. Olby (Fl. 268), miembros de distintos cuerpos policiales de los Estados Unidos, quienes informan sobre las acciones de decomiso de cocaína en que intervinieron dentro de las investigaciones por los hechos a que se refieren las actas de acusación, y

h) Transcripción de las disposiciones legales del Estado de Florida sobre la descripción y sanción del tráfico de estupefacientes (secciones 893.03, 893.04, 775.082 y 775.083), la coparticipación y la asociación para delinquir (secciones 777.011, 895.02 y 895.03), la jurisdicción para el juzgamiento de tales hechos (secciones 910.005 y 910.03), los términos de prescripción (sección 775.15) y otros asuntos que no interesan para este concepto (Fls. 307-322).

2. En el Acta de Acusación de marzo 14 de 1985, dictada en el proceso contra Jack Devoe y otros 37 individuos que corrige y amplía dos actas de acusación anteriores (la del 27 de abril de 1984 y la del 20 de junio del mismo año), se hacen nueve cargos a Cabrera Sarmiento, así: cuatro por asociación delictiva para traficar con cocaína (Fls. 229-233); tres por tráfico de cocaína (Fls. 228-232); uno por asociación delictiva para violar la ley sobre influencia al fraude organizado y a las organizaciones corruptas (Fl. 227) y el restante por violación de esta misma ley (Fls. 220-226).

3. Aparece otra Acta de Acusación de abril 27 de 1984, dictada en el proceso contra Ronald Markowski y otras cuatro personas, en la que se hacen dos cargos a Cabrera Sarmiento: uno por asociación delictiva para traficar con cocaína (Fls. 234-235) y otro por tráfico de cocaína (Fl. 235).

4. El apoderado de Cabrera Sarmiento ha solicitado de esta Sala que emita concepto desfavorable a la extradición de su representado, por cuanto éste realizó las conductas que se le atribuyen íntegramente en territorio colombiano y ellas constituyen aquí hechos delictivos, independientes de los que se configuren en la legislación norteamericana, según lo dispuesto en los siguientes acuerdos multilaterales:

"Convención sobre sustancias sicotrópicas" (art. 22) suscrita en Viena el 21 de febrero de 1971, "Convención Unica sobre Estupefacientes" (art. 36) firmada en Nueva York el 30 de marzo de ese mismo año y su "Protocolo de Modificación" (art. 14-2) hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, a todos los cuales han adherido Colombia y los Estados Unidos.

El citado profesional colige entonces que, de conformidad con los arts. 2° y 58 de la Constitución Nacional y 13 del Código Penal, Cabrera Sarmiento debe ser juzgado primeramente por la justicia colombiana. Y, de otra parte, sostiene que en el presente caso no se satisface el presupuesto de la doble incriminación exigido por el Tratado de extradición suscrito entre Colombia y Estados Unidos, ya que la actividad de su representado aquí configuró una acción de exportación y en el país requirente una de importación.

Considerandos

1. Buena parte del alegato presentado por el apoderado de Cabrera Sarmiento se orienta a demostrar la inaplicabilidad del Tratado de Extradición Colombo-Americano por su aparente contradicción con Tratados Multilaterales aprobados por Colombia. Sobre esta materia ha de recordarse lo que puntualizó la Sala en concepto de extradición del 26 de octubre de 1983: "No puede la Sala de Casación Penal, tampoco, analizar 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 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". Pero es que, además, la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, prevé en su art. 41 la posibilidad de que dos o más partes en un tratado multilateral puedan celebrar un acuerdo "que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas".

2. *Considera* igualmente *el memorialista que la extradición de su cliente debe negarse porque la exportación e importación de estupefacientes configuran dos delitos distintos y autónomos, el primero de los cuales habría ocurrido en Colombia y exigiría, por lo mismo, previa investigación y pronunciamiento judicial de las autoridades nacionales. Reitera la Sala, a este propósito, que el tipo penal descrito en el art. 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes es de los llamados compuestos alternativos porque se integra con varios verbos rectores (introducir al país, sacar de él, llevar consigo, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, suministrar), cada uno de los cuales configura conducta que realizada de manera autónoma e independiente conforma hecho punible, pero que ejecutada con otra u otras de ellas dentro de un mismo contexto de acción, o implicando la una presupuesto o desarrollo naturalístico de la otra, no generan concurso delictivo sino realización de un solo hecho punible; tal ocurre con la exportación de sustancia estupefaciente (sacar*

del país), en cuanto tal acción implica de suyo e ineludiblemente la importación de esa misma sustancia (introducir al país) al territorio de otro Estado; por eso en tales casos no se está frente a dos delitos autónomos, sino ante uno solo integrado por dos actos, previsión ésta específicamente contemplada en el Tratado de Extradición Colombo-Americano en el literal a) de su art. 8°, e interpretado así por esta Sala: "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", 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 trata de hechos naturalísticamente complejos en los que 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. 5° 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 (...).

"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 éste, que, por lo demás, suele estar previsto en los tratados y lo está ciertamente en el art. 21, numeral 4° del que suscribieron Colombia y los Estados de América en 1979" (Concepto de noviembre 29 de 1983, doctor Alfonso Reyes Echandía).

3. Otro *argumento del libelista es el de que no existe similitud circunstancial entre los delitos que se le atribuyen a su cliente en las actas de acusación del Gran Jurado y su regulación normativa en la legislación penal colombiana; ocurre, sin embargo que el fundamento legal de tal aseveración es el ordinal a) del numeral 2° del artículo 1° del Tratado, que se refiere a la situación en que el delito "se haya cometido fuera del Estado requirente", supuesto que sería válido en este caso de aceptarse la tesis –ya rechazada por la Sala en el acápite anterior– conforme a la cual el traslado de estupefacientes de Colombia a los Estados Unidos configura dos delitos, uno de exportación consumado en el primero de dichos países y otro de importación verificado en el segundo de ellos. La norma aplicable en situaciones como la presente es, entonces, la del art. 2° del Tratado, cuya previsión es la de que los hechos que motivan la solicitud de extradición sean delitos en ambos Estados, independientemente de que figuren o no en la lista del apéndice del Tratado o de que se designen en las dos legislaciones con la misma o diversa terminología jurídica.*

4. Aclarados estos puntos, observa la Sala que los cargos que se le han hecho a Cabrera Sarmiento en las Actas de Acusación del 14 de marzo de 1985 y de 27 de abril de 1984, *con el respaldo probatorio que se agregó a la documentación enviada por las autoridades norteamericanas, son los de haberse asociado con otras personas en Estados Unidos para traficar con cocaína, haber poseído y traficado con dicha sustancia en cantidades superiores a 400 gramos en varias oportunidades y haberse asociado con otras personas para violar la ley estatal de Florida sobre fraude organizado, comportamientos estos descritos como delictivos en las legislaciones Federal de los Estados Unidos de América y Estatal de la Florida como se desprende de las transcripciones normativas que obran en el expediente, y en la legislación penal colombiana bajo los rubros de concierto para delinquir (art. 186 C.P.) y tráfico de estupefacientes (art. 38 Decreto 1188 de 1974); por lo demás, se trata de delitos comunes, con penas privativas de la libertad y pecuniarias, en relación con los cuales no ha operado fenómeno de prescripción. Tampoco hay duda alguna sobre la identidad del reclamado, quien se encuentra actualmente detenido en establecimiento carcelario del país.*

5. Por tales razones será positiva la opinión de la Corte respecto de la solicitud de extradición formulada por las autoridades norteamericanas.

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

RESUELVE:

EMITIR CONCEPTO FAVORABLE a la solicitud de extradición del ciudadano José Antonio Cabrera Sarmiento formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia,

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

José Heriberto Velásquez Ramos.
Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA
Cuestionario

No hay desconocimiento del derecho de defensa cuando el cuestionario se ha redactado colocando al procesado como autor material de los hechos y, en cambio, el llamamiento a juicio lo señaló como determinador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta No. 92 de 2 de octubre de 1985.

Bogotá, D. E., 2 de octubre de 1985.

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Luis Angel Valencia Uribe a la pena principal de nueve (9) años de prisión por el delito de homicidio tentado en su esposa Alicia Benítez de Valencia.

1. LOS HECHOS

A eso de las nueve (9) de la noche del 13 de abril de 1983 la señora Alicia Benítez de Valencia luego de apearse de un autobús en compañía de su hijo John Jairo Valencia Benítez se dirigió a su casa del barrio Antonio Nariño de Medellín cuando fue atacada por un desconocido quien con un arma cortopunzante le ocasionó serias heridas que la incapacitaron por un tiempo considerable y le dejaron como secuelas la pérdida parcial de la visión y la consecutiva deformidad permanente en el rostro por lesión del ojo izquierdo. La señora opuso denodada resistencia a su agresor y éste, antes de huir, dijo que su esposo y su cuñado le habían pagado para que la matara.

2. EL PROCESO

Los hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades por el menor (14 años) John Jairo Valencia Benítez, quien relató además lo que había dicho el desconocido agresor. Su padre Luis Angel Valencia Uribe fue indagado y negó toda

participación en los hechos investigados. El Juzgado 54 de Instrucción Criminal dictó auto de detención en su contra y envió el proceso a los jueces competentes. Correspondió conocer del asunto al Juzgado 15 Superior de Medellín que llamó a responder en juicio a Valencia Uribe por homicidio agravado en grado de tentativa según auto de 30 de septiembre de 1983. Apelada esta providencia recibió confirmación del Tribunal Superior el 12 de diciembre del mismo año. Isaías Valencia Uribe y Luis Fernando Gómez Loaiza, que también fueron indagados, resultaron sobreseídos temporal y definitivamente, en su orden.

Vuelto el asunto a la primera instancia se agotó el período de la causa y, reunido el jurado, se le sometió el cuestionario que a la letra, dice:

"El acusado Luis Angel Valencia Uribe es responsable, sí o no, de haber lesionado intencionalmente, con propósito de matar, por precio y en circunstancias de indefensión de la víctima, a su cónyuge legítima Alicia Benítez de Valencia, quien no falleció por circunstancias ajenas a la voluntad del agente y en cambio sufrió la perturbación funcional permanente del órgano de la visión y una deformidad permanente en el rostro por pérdida del ojo izquierdo. El acontecimiento tuvo ocurrencia el día 13 de abril de 1983 a las 9 de la noche aproximadamente en el barrio 'Antonio Nariño' de esta ciudad" (Fl. 159).

El jurado contestó: "Sí es culpable (por unanimidad) o sea sí es responsable". Sobre dicha base se dictó la sentencia condenatoria de 3 de septiembre de 1984 en el juzgado del conocimiento. El Tribunal Superior de Medellín confirmó ese proveído en la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda

Invoca el censor la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según alega, la sentencia de 7 de noviembre de 1984 del Tribunal Superior de Medellín se dictó en juicio viciado de nulidad pues el cuestionario que se sometió a la consideración del jurado se redactó y elaboró con violación de las exigencias del artículo 533 del Código citado. Lo dicho, porque se hace aparecer allí al procesado como autor material del hecho cuando se le imputó el haberse valido de un tercero para realizarlo.

En un aparte destacable de la demanda, se dice: "...si el cuestionario hubiese sido elaborado de conformidad con las exigencias del art. 533 del C. de P.P., la respuesta del jurado hubiese sido diferente a la que se encuentra en el proceso porque no es lo mismo decirle a un jurado de conciencia que el acusado lesionó intencionalmente con el propósito de matar a la señora Alicia Benítez, que decirle que el acusado mandó a una tercera persona a matar a la señora Alicia Benítez teniendo en cuenta que la única prueba que hay de ello es la testimonial".

4. Réplica del Ministerio Público

Critica el Procurador Segundo Delegado en lo Penal la defectuosa redacción del cuestionario y reconoce que en dicha pieza se equivocó "la especie de autoría del acusado, en la medida en que se lo presentó como autor material, siendo determina-

dor del hecho punible". Se muestra acorde con lo dicho por el Tribunal al considerar esa informalidad como no constitutiva de nulidad pues con ella no se afecta ninguna de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Afirma que con el auto de enjuiciamiento y las intervenciones del Ministerio Público y de la Defensa en la audiencia quedan sin importancia las equivocaciones en la redacción del cuestionario. Y, finalmente, afirma que no hay interés jurídico en el recurso porque los efectos punitivos son los mismos tanto para el autor material como para el determinador según el artículo 23 del Código Penal, lo cual haría innecesaria la convocatoria de un nuevo jurado al cual se le sometiera un bien elaborado cuestionario. Por estas razones solicita que no se case el fallo impugnado.

5. Las consideraciones de la Sala

Aunque no lo diga expresamente la demanda, pues tal cosa aparece solamente en la cita que hace del fallo impugnado, el motivo de casación que se plantea en el presente caso es de rango constitucional porque la defectuosa o anormal elaboración del cuestionario que se somete a la consideración del jurado no está expresamente prevista como causal de nulidad en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal. Concretamente radicaría el defecto en haber vulnerado el derecho de defensa para el procesado al colocarlo en el cuestionario como autor material de los hechos cuando quiera que se le llamó a responder en juicio como determinador de los mismos al pagar a otro para que los realizara.

El defecto del cuestionario es evidente. Pero como lo comenta el Tribunal Superior en la sentencia impugnada y como aparece de la réplica del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no se da el pretendido desconocimiento de los derechos de defensa que asisten al procesado porque los miembros del jurado tuvieron oportunidad de darse cuenta exacta de los cargos que se le hacían al disponer de la copia del auto de procesamiento y porque las alegaciones del Ministerio Público y de la Defensa durante la audiencia pública fueron sumamente claras al explicar que se trataba de afirmar o negar la responsabilidad del encausado como determinador de la tentativa de homicidio en la persona de su esposa por haber pagado a otro para que cumpliera dicho cometido, y no por haber realizado personal y materialmente los hechos.

Son atendibles también los razonamientos tanto del Tribunal Superior como del Procurador Segundo Delegado en lo Penal en lo tocante a la cita del artículo 23 del Código Penal pues allí se dispone que la pena para el que realice el hecho punible o para el que determine a otro a realizarlo es la prevista para la infracción, es decir, la misma para uno u otro. El alegar, por parte del censor, que una correcta redacción del cuestionario habría podido lograr una contestación distinta por parte del jurado no pasa de ser una suposición si se tiene en cuenta lo rotundo y reiterativo del veredicto unánime de responsabilidad emitido.

No se da, por consecuencia, vicio alguno en el proceso que permita la invalidación del fallo protestado. El recurso no prospera.

Por las consideraciones antecedentes, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

PECULADO

Se tipifica cuando el empleado oficial por virtud de la "disponibilidad jurídica", logra que los bienes pasen a su patrimonio o al de un tercero.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta No. 92.

Bogotá, D. E., 2 de octubre de 1985.

VISTOS

Contra la sentencia de catorce de febrero del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó, por mayoría de votos de su Sala de Decisión, al doctor Rafael Arturo Correa Suárez a la pena principal de tres años y un mes de prisión y a las accesorias de rigor, como autor responsable de los delitos de falsedad en documento público y peculado por apropiación, en concurso de hechos punibles, cometidos cuando desempeñó el cargo de Juez Octavo de Instrucción Criminal con sede en Málaga (Santander) y declaró que no tiene derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional, interpusieron el procesado y su defensor recurso de apelación, el cual fue oportunamente sustentado por el último de los nombrados.

Agotada la tramitación de la segunda instancia y obtenido el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, corresponde a la Sala desatar el recurso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Corte, al confirmar, con algunas modificaciones, por vía de apelación, la providencia enjuiciatoria proferida en esta causa expresó sobre el particular:

"En el Juzgado a cargo del doctor Correa Suárez se instruía el proceso contra Patricio Oviedo Flórez por homicidio en Carlos Oviedo.

"El 2 de junio de 1981 se presentó a la Oficina Seccional de la Procuraduría de esa ciudad (Málaga) la señora Irma Oviedo de Espinel, hermana de la víctima, con el objeto de informar que, no obstante que en la puerta del Juzgado Octavo de

Instrucción Criminal se había fijado un aviso mediante el cual se informaba que el juez se encontraba en el municipio de San José de Miranda en cumplimiento de una comisión dentro del sumario que por homicidio se adelantaba contra Mateo Barrera Delgado, lo cierto era que el funcionario, por informaciones que tenía, se encontraba en la ciudad de Bucaramanga, posiblemente con el sindicado Patricio Oviedo, quien había ofrecido en su finca atenciones sociales al juez en agradecimiento por la libertad que días antes le decretó (Fls. 2 y 3 del Cdno. del Tribunal).

"El Jefe Seccional de la Procuraduría se trasladó el mismo día a San José de Miranda y tanto en la alcaldía, como en el Juzgado Promiscuo Municipal y en el Concejo de la localidad se le informó que el juez no se había hecho presente allí ese día ni el anterior. La secretaria de la alcaldía, María Stella Ramírez de Roa, manifestó que únicamente se encontraba cumpliendo labores oficiales el secretario del juzgado Sotero Roa Moreno, su esposo (Fls. 5, 6 y 7 *ibidem*).

"Inmediatamente el Jefe Seccional procedió a revisar los archivos de la Alcaldía de Málaga para determinar si existía constancia acerca de algún permiso que justificara la ausencia del doctor Correa del lugar de comisión, con resultados negativos, pues la última solicitud registrada correspondía al Fiscal Unico del Circuito de Málaga, doctor Alfonso Valencia Moreno, y fue presentada el día primero de junio de 1981.

"Al día siguiente, 3 de junio, el Alcalde de Málaga, Sergio Castillo Carvajal, comunicó a la oficina seccional de la Procuraduría que en su poder se encontraba el oficio No. 0132 de 30 de mayo de 1981 por medio del cual el Juez Octavo de Instrucción Criminal le había solicitado permiso para los días 1 y 2 de junio con el objeto de "atender asuntos urgentes en Bucaramanga", solicitud que le había sido entregada por el propio interesado desde el sábado anterior, sin que se le hubiere dado el trámite de rigor por el recargo de trabajo en su despacho (Fl. 16 *ibidem*).

"Esperanza Oviedo manifestó, en declaración rendida ante el Jefe Seccional de la Procuraduría de Málaga, que el 2 de junio de ese año (1981) fue informada por un empleado de los juzgados de esa ciudad que el juez Correa Suárez había viajado a Bucaramanga en compañía del fiscal Valencia Moreno con el propósito de traer el vehículo de su propiedad (Fls. 20 y Vto.. *ibidem*).

"Posteriormente, el Recaudador de Impuestos Nacionales de Málaga informó, en comunicación dirigida a la Procuraduría Seccional, que el doctor Rafael Arturo Correa Suárez cobró la suma de $4.200.00 'por concepto de seis (6) días de viáticos a razón de $700.00 diarios, por comisión cumplida entre el primero y el seis de junio del corriente año (1981), en la población de San José de Miranda, adelantando (sic) el sumario contra Mateo Barrera por el delito de homicidio en José María Barrera'. En la misma comunicación se transcribió la constancia del Alcalde de San José de Miranda, Alonso Jiménez Pérez, sobre la permanencia del juez Correa y su secretario en esa localidad durante los seis días de la comisión, la cual fue acompañada por el funcionario acusado a la respectiva cuenta de cobro (Fls. 26 y 27 *ibidem*).

"De igual manera está comprobado que el doctor Correa cobró el sueldo correspondiente al mes de junio de 1981, sin excluir los dos primeros días del mismo, correspondientes a aquellos en que no estuvo en el lugar de la comisión (Fls. 124 y 126 *ibidem*).

"De la visita practicada por la Procuraduría al proceso por homicidio contra Mateo Barrera se estableció que en él obra constancia sobre el traslado del personal del Juzgado a San José de Miranda el primero de junio de 1981. Se registró también la comunicación telegráfica sobre este mismo aspecto que se envió al Director Seccional de Instrucción Criminal en Bucaramanga y la expedición de unas boletas de citación de testigos que llevan la misma fecha (Fls. 38 y 39 *ibidem*).

"Estos hechos dieron origen inicialmente a una averiguación de carácter disciplinario que terminó con sanción de multa equivalente a cinco días de sueldo y luego a la presente investigación penal, la cual estuvo precedida de una etapa de diligencias preliminares (Fls. 43, 44, 50 a 52 y 91 a 95 *ibidem*).

"De la indagación preliminar y de las pruebas allegadas en el curso de la investigación, se pudo establecer lo siguiente:

"El Director Seccional de Instrucción Criminal de Bucaramanga comisionó mediante Resolución No. 206 de mayo 23 de 1981, al Juez Octavo de Instrucción Criminal radicado en Málaga, doctor Rafael Arturo Correa Suárez, para proseguir en el municipio de San José de Miranda la investigación por homicidio contra Mateo Barrera y le señaló un término de seis días y viáticos a razón de $700.00 diarios (Fl. 61 *ibidem*).

"Sotero Roa Moreno, secretario del juez acusado manifestó, en su declaración jurada, que residía por esa época en San José de Miranda, población distante de Málaga unos seis kilómetros, y que el último sábado de mayo de aquel año (1981) viajó a ese municipio aproximadamente a las diez de la mañana. Consigo llevó el expediente contra Mateo Barrera junto con el telegrama que luego dirigió al Director Seccional de Instrucción Criminal sobre llegada al lugar de comisión y las boletas de citación de testigos, documentos que fueron previamente firmados por el juez Correa en Málaga, quien le expresó que se reunirían en San José de Miranda el lunes primero de junio, sin que esto hubiese ocurrido, pues ni se hizo presente el primero ni el dos de junio, sino el día tres. Agregó que ignoraba entonces que el juez hubiera solicitado permiso al alcalde de Málaga para ausentarse durante los dos primeros días de la comisión (Fls. 67 y vto. a 69 vto. *ibidem*).

"En su indagatoria reconoció el doctor Correa Suárez que los días primero y dos de junio de ese año ciertamente no concurrió a San José de Miranda, pero que, en cambio, sí lo hizo el sábado y domingo anteriores con el propósito de comprobar si su secretario había efectuado las diligencias iniciales de la comisión relacionadas con la citación de los testigos, lo cual, en su criterio, justifica tanto el texto de la constancia que al efecto le expidió el Alcalde de San José de Miranda como el cobro integral de los viáticos. Insistió el funcionario acusado en que el sábado 30 de mayo solicitó el permiso por escrito al Alcalde de Málaga, Sergio Castillo Carvajal, quien se lo concedió verbalmente, razón por la cual viajó a Bucaramanga el lunes siguiente en compañía del fiscal, doctor Alfonso Valencia Moreno y en virtud de la urgencia que tenía de adquirir una droga para su hijo y reclamar un excedente de retención en la fuente que la recaudación de impuestos le adeudaba.

"En relación con la presunta venalidad que le atribuyó Irma Oviedo de Espinel respecto del proceso que adelantó su juzgado contra Patricio Oviedo, en el cual

dispuso él su libertad, negó rotundamente la acusación y calificó de mendaz dicha especie (Fls. 80 vto. a 83 vto. y 119 vto. a 121 *ibidem*).

"El fiscal Valencia Moreno corroboró en su declaración tanto lo del viaje con el acusado a Bucaramanga el lunes primero de junio de 1981 como los motivos alegados por el juez, y el alcalde Castillo Carvajal hizo lo propio respecto de la solicitud de permiso presentada por el juez el 30 de mayo de aquel año y su otorgamiento en forma verbal o tácita (Fls. 96 y 97 y 100 vto. y 101 *ibidem*).

"Finalmente, se estableció con prueba documental la calidad de juez del doctor Correa Suárez y el ejercicio de sus funciones por la época de los hechos" (Fls. 24, 25 a 27, 45 a 48 vto. *ibidem*, Fls. 24 a 29 del Cdno. No. 2).

Clausurada la etapa investigativa, el Tribunal Superior de Bucaramanga calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio del procesado por el doble delito de falsedad en documento público, consistente en la falsa atestación consignada en las cuentas de cobro por los dos días de viáticos y por el sueldo correspondiente al mes de junio, y el de peculado, concretado en la apropiación indebida de dineros oficiales correspondientes a los dos días que estuvo realizando gestiones particulares en la ciudad de Bucaramanga. En el mismo proveído dispuso la privación de su libertad, medida que condicionó a la ejecutoria del auto de proceder y a la previa suspensión en el ejercicio del cargo que desempeñaba (Fls. 170 a 185 del Cdno. No. 1). Ese pronunciamiento fue apelado por el procesado y su defensor y fue confirmado por la Corte, mediante auto del 15 de mayo de 1984, en cuanto a los delitos de falsedad y peculado "concretados al cobro de los dos días de viáticos correspondientes al primero y dos de junio de mil novecientos ochenta y uno, no causados en el cumplimiento de la comisión que se le asignó para el municipio de San José de Miranda". En lo referente a los demás ilícitos que se le atribuían lo revocó para, en su lugar, sobreseerlo definitivamente de tales sindicaciones (Fls. 24 a 46 del Cdno. No. 2).

En la etapa probatoria del juicio, a solicitud de la defensa, se oyó en ampliación de declaración al médico Gustavo Pradilla Ardila, quien reconoció la fórmula expedida al paciente Nelson Correa manifestando que por los meses de mayo y junio de 1981 trató al citado menor, hijo del doctor Correa Suárez, de una epilepsia mixta que padecía y le formuló entre otras, la droga Depakene-Jarabe, medicamento de difícil consecución en el mercado, el que una vez aplicado, mejoró notablemente la salud del paciente (Fls. 59 y 62 a 65 del Cdno. No. 2).

Igualmente se recibieron los testimonios del abogado Carlos Humberto Bayona Centeno y del empleado de los juzgados de Málaga, Héctor Julio Medina Téllez, quienes dan cuenta de la animosidad o malquerencia del doctor Luis Antonio Pérez Delgado, entonces Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en Málaga, hacia el doctor Correa Suárez y el deseo, por él hecho público, de perjudicarlo en cualquier oportunidad (Fls. 66 a 71 *ibidem*).

En la audiencia pública, realizada el 13 de noviembre de 1984, el Fiscal Tercero del Tribunal Superior pidió la condenación del acusado por estimar que se encontraban plenamente acreditados los requisitos exigidos para ello, y el doctor Correa Suárez, insistiendo en el hecho de haber trabajado en la población de San José de Miranda los días sábado y domingo 30 y 31 de mayo de 1981, como lo atestigua el

citador de la alcaldía Tito Villamarín, explicó que procedió de buena fe y plenamente convencido de que tal circunstancia lo autorizaba a cobrar los seis días de viáticos, compensando los dos que dejó de asistir a la sede de la comisión con aquellos en que sí concurrió a la misma antes de su iniciación.

El defensor, a su turno, reclamó la absolución de su representado, por estimar que su comportamiento era inculpable por haber incurrido en un error sobre el tipo penal (artículo 40, numeral 4° del Código Penal) y en el resumen escrito de sus alegaciones puntualizó que debe aceptarse en su integridad la confesión calificada del sindicado como presunción de veracidad por no aparecer desvirtuada por prueba en contrario sobre todo en "su afirmación según la cual cobró viáticos y sueldo con la convicción plena de que a ello le daba derecho el permiso concedido por el Alcalde de Málaga y la circunstancia de haberse desplazado a Miranda durante los días treinta y treinta y uno de mayo". Agregó que si en un exceso de severidad se le negara la mencionada excluyente de culpabilidad debía absolvérsele del cargo de peculado en razón de no tener "la disponibilidad jurídica sobre el fondo de viáticos de los jueces de Instrucción Criminal, ya que tal disponibilidad, indelegable, le había sido conferida al Director Seccional de Instrucción Criminal por el Decreto número 2267 de 1969, ordinal f) del artículo 10" (Fls. 80 a 89 *ibidem*).

Negada la ponencia absolutoria presentada por el Magistrado Sustanciador del proceso, la Sala de Decisión Mayoritaria, al desestimar las argumentaciones del procesado y de su defensor, condenó a aquél a la pena principal de tres años y un mes de prisión, mediante el fallo objeto del recurso de apelación que ahora se decide.

Fundamentos de la Sentencia impugnada

El Tribunal Superior, remitiéndose a las consideraciones de orden fáctico y jurídico que lo llevaron a comprometer en juicio al procesado por los delitos de falsedad y peculado, da por demostrados plenamente los presupuestos del artículo 215 del C. de P.P., para proferir sentencia condenatoria en contra de éste y advierte que las pruebas aducidas en la etapa probatoria de la causa en nada variaron su situación jurídica. Dice el Tribunal:

"En efecto, el contexto de las probanzas antes relacionadas no lleva al juzgador de derecho, en este caso a esta Sala de mayoría, a creer y aceptar que el acusado tuviera derecho al valor correspondiente a los dos días de viáticos como sí lo tenía respecto de los dos días de salario, en virtud del permiso. Pues lo lógico es que hubiera descontado del cobro de los viáticos lo correspondiente a dos días de la comisión, y no lo hizo. Por lo tanto, se repite, la circunstancia del permiso lo autorizaba para reclamar solamente lo concerniente al salario.

"En cuanto al requerimiento imprescindible de atención médica especializada por esos días para el hijo del doctor Correa Suárez, no existe prueba que así lo determine, tampoco que los medicamentos especiales prescritos hubiesen sido comprados.

"La causal 4ª del artículo 40 del Código Penal, en torno a la culpabilidad del procesado, no se da en este caso porque como ya quedó anotado el juez acusado sabía

lo que hacía y estaba en capacidad de comprender su conducta y de determinarse conforme a esa comprensión, y su larga trayectoria en su cargo de instructor contrasta y choca con la convicción errada e invencible que se alega" (Fls. 102 y 103 *ibidem*).

ALEGATO DE LA DEFENSA PARA SUSTENTAR EL RECURSO

El defensor del procesado reclama su absolución con fundamento en los mismos argumentos presentados durante el debate público los que, en su opinión, no fueron considerados en el fallo impugnado.

Da por probados fehacientemente los siguientes hechos:

Que el doctor Correa Suárez cumplió en su totalidad el término de la comisión impartida por el Director Seccional de Instrucción Criminal de Bucaramanga; que pidió y obtuvo permiso del Alcalde de Málaga para ausentarse de su sede habitual los días 1° y 2 de junio de 1981 por la insuperable necesidad de trasladarse a aquella ciudad para adquirir escasos y costosos medicamentos con la finalidad de tratar a su menor hijo; que el origen de la investigación no fue otro "que el insano propósito de venganza incubado en Luis Antonio Pérez" y que, para compensar los dos días de permiso viajó a la población de Miranda el 30 y 31 de mayo, cumpliendo anticipadamente diligencias propias de la comisión impartida. Concluye afirmando que la conducta observada por el juez sindicado "estuvo desprovista de la intención de violar la ley y que todo el acontecer ocurrió bajo la plena y total convicción de que su comportamiento no era típico. Y esa ausencia de dolo tiene, necesariamente, una consecuencia desincriminante".

Repite, una vez más, que tampoco se estructura el delito de peculado porque los jueces de instrucción criminal "jamás han tenido disponibilidad jurídica" sobre los fondos correspondientes a viáticos puesto que no han sido confiados a su "administración o custodia" y que tal facultad de disposición solo compete a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, conforme al artículo 10, literal f) del Decreto 2267 de 1969 (Fls. 112 a 114 del Cdno. No. 2).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, identificado con los razonamientos del Tribunal Superior, solicita la confirmación de la sentencia impugnada, por considerar que de las pruebas recaudadas emerge claramente la materialidad de los delitos imputados al procesado y por los cuales fue llamado a responder en juicio.

Respecto de la culpabilidad en su comportamiento, aspecto cuestionado por la defensa, manifiesta lo siguiente:

"No se explica cómo, si el juez sostenía por esa época serias diferencias con el Jefe Seccional de la Procuraduría de Málaga y al tener conocimiento, como ciertamente lo tuvo, de la acuciosa investigación que adelantó ese funcionario y de la comprobación que logró obtener de su ausencia en San José de Miranda durante el 1° y 2 de junio de 1981, haya dejado de excluir en la cuenta de cobro que presentó posteriormente el valor correspondiente a ese lapso. Es decir que, con plena conciencia de las circunstancias, cobró dos días de viáticos que no se causaron.

"La condición profesional y funcional del procesado y su trayectoria judicial no permiten bajo ninguna circunstancia suponer que actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no era ilícita, pues él especialmente sabía que no podía cobrar viáticos en esas circunstancias, esto es sin haber concurrido en ese lapso al lugar de la comisión, y, mucho menos, afirmar falsamente en la cuenta de cobro el cumplimiento y permanencia integral por el tiempo mencionado.

"Finalmente –agrega– debe insistirse en que el juez sí tenía disponibilidad jurídica sobre los fondos de viáticos y autoridad suficiente para la ordenación y concreción del pago, pues sin su actividad, la Recaudación de Impuestos no habría podido efectuar la cancelación..." (Fls. 10 y 11 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte

Plenamente se encuentra acreditado que el doctor Rafael Arturo Correa Suárez, Juez Octavo de Instrucción Criminal con sede en la población de Málaga (Santander), en uso de permiso de dos días concedido inicialmente en forma verbal por el alcalde de dicha localidad, viajó el primero de junio de 1981 a la ciudad de Bucaramanga en compañía del Fiscal Unico de los Juzgados del Circuito doctor Alfonso Valencia Moreno, en el vehículo de propiedad de este último, para gestionar ante la Administración de Impuestos Nacionales la devolución de un excedente por retención en la fuente, adquirir una droga que requería un hijo suyo enfermo de una epilepsia mixta, según diagnóstico del médico que lo trataba, y traer su carro particular que allí se encontraba en reparación, en el cual regresó a la sede de sus habituales actividades el 3 de junio de los mismos mes y año. Así resulta de lo afirmado por el sindicado en indagatoria y de lo expuesto por el fiscal de los juzgados y el Alcalde municipal de Málaga, Sergio Castillo Carvajal (Fls. 81, 81 vto. 96 a 97, 100 vto. y 101, 118 vto. a 119 y 131 del Cdno. No. 1).

De la misma manera aparece comprobado que el ex-juez Correa Suárez, en cumplimiento de comisión impartida por el Director Seccional de Instrucción Criminal de Bucaramanga, mediante Resolución No. 206 de 23 de mayo de 1981, para proseguir en el municipio de San José de Miranda la investigación por homicidio contra Mateo Barrera y en la que se le señaló un término de seis (6) días y viáticos a razón de setecientos pesos diarios, fijó por auto de 27 de mayo de ese año, como fecha de iniciación de la misma el lunes primero de junio siguiente (Fls. 38 y 61 *ibidem*). El sábado 30 de mayo, impartió al Secretario del Juzgado las instrucciones del caso, le firmó un marconigrama con destino al Director de la Seccional de Instrucción Criminal en el que se le daba cuenta del traslado del personal del juzgado a la mencionada población, distante de Málaga diez minutos, y también las boletas de citación de los testigos, a la vez que lo autorizó para viajar el mismo día a esa localidad, por ser oriundo de ella y residir allí con su familia (Fls. 67 a 69 del Cdno. No. 1).

A pesar de no haber laborado los días lunes y martes, primero y dos de junio de mil novecientos ochenta y uno, por encontrarse de permiso en la ciudad de Bucaramanga y consciente de ello, pues, además, estaba enterado de que el Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría había comprobado su ausencia y le adelantaba la correspondiente averiguación disciplinaria (Fls. 118 vto. *ibidem*) el ocho (8) de

junio presentó al Recaudador de Impuestos Nacionales de Málaga la cuenta de cobro por concepto de viáticos, en la que atestó falsamente haber permanecido en San José de Miranda, en cumplimiento de la comisión impartida, del 1° al 6 de junio de 1981 y acompañó a ella una falsa constancia de permanencia en dicho lugar por ese lapso, expedida por el Alcalde de San José de Miranda, Alonso Jiménez Pérez (Fls. 72 y 73 *ibidem*). Por ese modo percibió del Tesoro Nacional la suma de $4.195.80 (Fls. 72, 73 y 108 del mismo cuaderno).

Significa lo anterior, que el juez acusado hizo efectivos, en forma consciente, dos días de viáticos a los que no tenía derecho, consignando en la cuenta de cobro la falsa afirmación de que ellos se habían causado, y utilizando a sabiendas una constancia de permanencia que incluía esa información, contraria a la verdad, con lo cual incurrió en los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, relacionados de medio a fin, ilícitos descritos y reprimidos en los artículos 219 y 133 del Código Penal, y por los cuales fue convocado a juicio y condenado.

La autenticidad de los documentos presentados para gestionar el reconocimiento y cancelación de los viáticos correspondientes a los seis días de comisión y el recibo de los dineros oficiales por dicho concepto son aspectos probatorios que no admiten discusión, pues fueron reconocidos expresamente por su autor y beneficiario (Fl. 119 vto. del Cdno. No. 1).

A través de sus intervenciones en el proceso trató el sindicado de justificar su conducta alegando que se trasladó a la población de San José de Miranda el sábado y el domingo 30 y 31 de mayo de 1981 para entregar personalmente las boletas de citación al citador de la Alcaldía Tito Villamarín y enterarse de si habían sido entregadas a sus destinatarios, circunstancia que, en su criterio, lo autorizaba para compensarlos o reemplazarlos con los dos días de permiso, para despojar por ese modo de todo cariz delictuoso su proceder. Ese planteamiento fue posteriormente acogido por el defensor y presentado como causal de inculpabilidad, consistente en haber realizado el hecho con la convicción errada e invencible de la atipicidad de su comportamiento, por ausencia de dolo (artículo 40, numeral 4° del Código Penal).

La Sala, al ocuparse de este tema en la providencia confirmatoria del auto de proceder, estimó que, fuera de no encontrarse comprobada la permanencia del Juez Correa Suárez en dicha localidad los citados días 30 y 31 de mayo de 1981, de todas maneras no se justificaba el cobro completo de la comisión, pues ya él mismo había señalado su iniciación para el día lunes primero de junio y era ilógico que pretendiera cobrar dos días de viáticos sin haberse causado, máxime que en su carácter de Juez de Instrucción Criminal, con amplia trayectoria en esa actividad, no le era desconocida tal circunstancia.

Y es que en verdad la presencia del acusado en el lugar de la comisión con dos días de antelación a su iniciación, a más de aparecer descartada, no tenía explicación alguna, pues el mismo sábado 30 de mayo, había convenido él con su secretario el plan que iban a seguir y éste viajó de Málaga a Miranda llevando consigo "el maletín con el expediente y todo lo necesario para el cumplimiento de la referida comisión" (Fl. 67 vto. del Cdno. No. 1). Además resulta extraño, por lo menos, que habiendo viajado sábado y domingo a esa localidad, no se hubiese entrevistado con su inmedia-

to colaborador para efectos de cerciorarse sobre la distribución de las boletas de citación a los testigos, como era obvio, si no que, por el contrario, acudió, según su propia afirmación, al citador de la alcaldía, quien aparece asegurando su presencia en ese lugar los días indicados, pero cuyo testimonio, confrontado con el de secretario del juzgado, Sotero Roa Moreno y con los demás elementos de convicción recaudados, resulta poco creíble, a más de que el deponente asevera que uno de los viajes a Miranda lo realizó el procesado en su carro particular, cuando tanto éste como el fiscal de los juzgados aluden a que para entonces el vehículo se encontraba en reparación en la ciudad de Bucaramanga (Fls. 118 vto. 119 y 131 *ibidem*). A esta imprecisión se agregan, para restarle credibilidad al testimonio del citador, las siguientes: dice él que las boletas de citación se las entregaron ambos, esto es, el juez y el secretario, circunstancia a la que éste no hace referencia alguna, y que la esposa del juez viajó con él a Miranda el domingo 31 de mayo de 1981, cuando ella afirma que estuvo el sábado 30 y que su esposo regresó al día siguiente (Fls. 18 y vto. y 132 y vto. del Cdno. No. 1).

Entonces, si la permanencia del sindicado en la población de San José de Miranda durante los días sábado y domingo 30 y 31 de mayo de 1981, en cumplimiento de actividades relacionadas con la comisión que debía cumplir, no aparece comprobada, resulta imposible, jurídicamente hablando, aceptar que, al ejecutar el hecho, sufrió una equivocación invencible sobre la ilicitud de su conducta. Así pues, la versión por él suministrada en tal sentido y que se pretende considerar como una especie de confesión calificada, se encuentra suficientemente desvirtuada y no puede tenerse como presunción de veracidad a su favor.

Para que la equivocación insuperable sobre la tipicidad de su conducta, por ausencia de dolo, fuera reconocida con suficiente incidencia en el fallo de condena era preciso haber demostrado que el juez Correa Suárez realmente se desplazó a la población de Miranda y permaneció allí durante dos días, ocupado en actividades propias de la comisión que había recibido. Solamente así podría entrar a considerarse que por un error insuperable creyó que podía compensar o reemplazar esos dos días con los que permaneció de permiso en la ciudad de Bucaramanga, pero como quiera que el hecho en que se sustenta la excluyente de culpabilidad aparece infirmado, el error alegado con la característica de insuperable o invencible no puede prosperar. Es que, para que se pueda aceptar un error, se precisa que el hecho que lo genera esté debidamente probado.

Aun reconociendo la urgencia del viaje del juez a la ciudad de Bucaramanga para conseguir el medicamento que necesitaba su hijo y aceptando la malquerencia hacia aquél del Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en Málaga, ninguno de tales hechos lo autorizaba para cobrar dos días de viáticos que no había laborado en el lugar de comisión, ni menos para presentar una falsa constancia de permanencia en él, pues ni el grave estado de salud de su hijo, ni la enemistad del funcionario de la Procuraduría tienen nada que ver con el cobro indebido de viáticos, ni con la falsa atestación.

La defensa se ha empeñado en negar la existencia del delito de peculado atribuido al sindicado, por considerar que éste, en su condición de juez de Instrucción Criminal, no tenía disponibilidad jurídica sobre el fondo de viáticos, ya que esa

facultad de disposición recaía únicamente en el respectivo Director Seccional de Instrucción Criminal.

Esta Corporación al tratar ese punto, dijo sobre el particular:

"Y le fueron reconocidos y los cobró sin obstáculo alguno (los viáticos), pues respecto de las partidas destinadas para viáticos es el propio titular del juzgado el que, en la práctica, viene a ordenar el gasto, limitándose el correspondiente pagador a cubrirlos, si se le presentan, como en este caso, la cuenta de cobro y la respectiva certificación sobre permanencia en el lugar de la comisión.

"Por eso al observar la cuenta de cobro, se advierte que, fuera de las firmas del doctor Correa como persona que la formula y da constancia de que recibió el dinero, existe otra suya, ésta como funcionario, mediante la cual expresa su conformidad oficial con el contenido de la cuenta, y que se traduce en una verdadera manifestación de su actividad funcional y en el cauce normal para que sea pagada. Esa firma está vertida en los siguientes términos: 'Vo./Bo. Rafael Arturo Correa S., Juez Octavo de Instrucción y lleva el sello del juzgado' (Fl. 72 *ibidem*).

"Con esos requisitos, el de la autorización por parte del juez, y la presentación del certificado de permanencia, fue efectivamente pagada la cuenta, sin objeción alguna y sin firma u orden de funcionario diferente, como trasciende del contexto de la misma, según fotocopia que de ella hizo llegar al instructor el Recaudador de Impuestos Nacionales de Málaga (Fls. 70 y 72 *ibidem*), de donde se deduce que el juez tenía disponibilidad jurídica sobre esa partida para viáticos y capacidad para ordenar que fuera pagada" (Fls. 40 y 41 del Cdno. No. 2).

Ahora se agrega:

Además de las obvias modalidades de apropiación de bienes que presenta el delito de peculado, cuales son las referentes a quienes tienen sobre los mismos las atribuciones de su directa administración o custodia, está también la de aquellos que detentan sobre éstos la capacidad legal de expresar una voluntad de inversión o de gasto de ellos, aunque no se encuentren en forma inmediata bajo su control. Es lo que se ha llamado la "disponibilidad jurídica", en virtud de la cual también puede el empleado oficial hacer que pasen del patrimonio en que se encuentran al suyo propio o al de un tercero dichos bienes.

Eso ocurrió en este caso, pues el ex-juez doctor Correa Suárez, expresó, con capacidad funcional, su voluntad orientada a que de los fondos presupuestales destinados a los viáticos del Juzgado de Instrucción Criminal radicado en Málaga, le fuera pagada la suma que él afirmaba que se había causado en el cumplimiento de la comisión.

Es cierto que, como lo expresa el señor defensor, el Decreto número 2267 de 1969, orgánico de la Instrucción Criminal, señala al Director Seccional, en su artículo 10, literal f), la atribución de "reconocer y autorizar el pago de viáticos y transportes a los jueces de Instrucción y a sus subalternos", pero esa es una facultad de tipo general que ha de entenderse como el señalamiento que el director hace, en la respectiva resolución, del tiempo de comisión y el monto de los viáticos que habrá de devengar el comisionado. Basta observar el texto de la resolución que asignó la

comisión que viene comentándose para deducir el carácter genérico de la función del director (Fl. 61 del Cdno. No. 1).

En cambio el juez comisionado, sobre todo si se encuentra radicado, como en este caso, en región diferente de la sede del Director Seccional de Instrucción Criminal, es quien, al presentar la cuenta de cobro, acompañada de la certificación de permanencia en el lugar de la comisión, expresa la voluntad de pago sobre esos dineros, con capacidad vinculante para quien simplemente los custodia, a la espera de órdenes para su inversión.

Tan cierto es esto, que el Recaudador de Málaga pagó inmediatamente, sin haber entrado a exigir orden del Director Seccional de Instrucción Criminal, ni su firma en la cuenta de cobro (Fls. 72 y 108 del Cdno. No. 1).

Actuó, por tanto el ex-juez doctor Correa Suárez, como ordenador del gasto en relación con esos dineros destinados al pago de viáticos para su juzgado y, por ese medio, se apropió indebidamente y en forma consciente del valor correspondiente a los dos días de comisión que no laboró, pero que sí cobró y respecto de los cuales no procede la excusa de la compensación, según se dejó analizado en otro aparte de esta providencia.

En consecuencia, satisfechos a plenitud los presupuestos exigidos por el artículo 215 del C. de P.P., para proferir sentencia condenatoria en su contra, la providencia impugnada deberá confirmarse, pues la sanción está correctamente individualizada sobre la base del mínimo de pena asignado al delito más grave (falsedad, artículo 219 del C.P.) aumentada en un mes debido al concurso con el de peculado (artículos 26 y 133 *ibidem*). Además, por cuanto su monto rebasa los tres años, tiene asidero legal la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del mismo estatuto).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia condenatoria impugnada, de origen y fecha indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

POLICIA NACIONAL
Competencia para su juzgamiento

Tanto en los períodos de turbación del orden público, como en los de normalidad institucional, es la justicia ordinaria la competente para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, por razón de delitos comunes cometidos por fuera del servicio, por causas ajenas o en funciones no inherentes al mismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta No. 91.

Bogotá, D. E., 3 de octubre de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 13 de febrero de 1984, confirmó el del Juzgado 16 Superior de esta ciudad por el cual condenó al agente de la Policía Luis Héctor Peña Pinilla a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio de que hizo víctima a María Ofelia Lombana de Castiblanco, con quien hacía vida marital.

El condenado, en el momento de la notificación personal de la sentencia de segunda instancia, propuso el recurso extraordinario de casación, que fue oportunamente concedido.

La demanda fue presentada en término y declarada ajustada a las formalidades legales en providencia del 14 de agosto de 1984.

El Procurador 1° Delegado en lo penal emitió el concepto correspondiente y ha solicitado a la Corte que no case la sentencia impugnada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En las primeras horas del 20 de abril de 1982, en la vía que de Bogotá conduce al municipio de Usme, frente a la estación de gasolina "La Cabaña", las autoridades

encontraron el cadáver de quien en vida respondió al nombre de María Ofelia Lombana de Castiblanco, fallecida como consecuencia de disparos de arma de fuego, que le fueron hechos a muy corta distancia.

Desde el inicio de la investigación se señaló como autor del ilícito a Luis Héctor Peña Pinilla, quien no obstante ser agente de la Policía Nacional, no se hallaba prestando servicio a la hora en que ocurrieron los hechos.

La investigación se inició por auto del 7 de mayo de 1982 y en providencia del 26 de agosto del mismo año se decretó la detención preventiva de Luis Héctor Peña Pinilla.

Se abrió causa criminal el 9 de diciembre de 1982 y celebrada la diligencia de Audiencia Pública, el jurado rindió el siguiente veredicto: "Sí es responsable del hecho que se le imputa al sindicado".

Con fundamento en la veredicción, el procesado fue condenado a diez (10) años de prisión, como pena principal, en providencia de primera instancia del 22 de octubre de 1983 que fue confirmada en la sentencia del 13 de febrero de 1984, recurrida en casación.

La demanda y la respuesta del Ministerio Público

Básicamente, el recurrente se limita a sostener que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, pues el procesado en el momento de los hechos era agente de la Policía Nacional y, por tanto, no ha debido ser juzgado, como lo fue, por los jueces ordinarios sino por los competentes de la Policía.

El Procurador 1° Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente y solicitado a la Corporación que no case el fallo impugnado, fundado en los siguientes argumentos:

"...El acusado en este proceso Luis Héctor Peña no estaba prestando servicio a la institución a la que pertenecía en la noche del 19 al 20 de abril de 1982. Por propia manifestación se sabe que sirvió de 'escolta' a un oficial de la Policía Nacional y que a las ocho de la noche se le dejó en la carrera 30 con calle 13 de esta ciudad. Tampoco el hecho ilícito que se le imputa tiene relación con 'el servicio'. En primer término, porque Luis Héctor Peña siempre ha negado la autoría del homicidio. Y en segundo lugar, porque conforme al relato de algunos testigos, María Ofelia Lombana de Castiblanco llegó embriagada a su habitación, su compañero la invitó a acompañarlo a tomar el bus para el centro de la ciudad y en el momento en que se encontraban en predios de la estación de servicio 'La Cabaña', Luis Héctor Peña desenfundó su pistola y por tres veces disparó al cuerpo de María Ofelia, causándole la muerte. Se repite: el homicidio no se cometió en razón del servicio que el acusado prestaba en la Policía Nacional, institución a la que pertenecía en la fecha arriba indicada. No existe relación de causalidad entre el hecho ilícito cometido y el desempeño de las funciones de agente de la Policía..." (Fl. 21).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se encuentra perfectamente demostrado que el día de los hechos el procesado no prestaba servicio como agente de la policía, pues había salido de su trabajo y se encontraba vestido de civil, como él mismo lo reconoce y lo corroboran varios de sus compañeros en la institución; tan cierta es la afirmación anterior que el propio procesado, al ser interrogado por investigadores de la Policía Nacional antes de rendir indagatoria, dijo que el día de los hechos había estado prestando servicio de escolta al Coronel Maza, hasta más o menos las ocho de la noche, en que terminaron sus deberes oficiales.

Se debe reconocer, igualmente, que el homicidio no se cometió por razón del servicio policivo que prestaba el acusado a la institución armada y, por tanto, concluirse que no existió una relación de causalidad entre el desempeño de las funciones de agente de la policía y el hecho ilícito que ha sido motivo de la condena penal.

La Corte Suprema de Justicia, en decisión mayoritaria, ha concluido por declarar que la justicia ordinaria es la competente para juzgar a los miembros de la policía por delitos comunes cometidos por éstos por fuera del servicio, o por causas ajenas a éste, o de las funciones inherentes al cargo.

A lo dicho entonces hace ahora la Corte las siguientes precisiones:

El Código Nacional de Policía (Decreto número 1355 de 1970), en disposición aún vigente (artículo 34) señala que "los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones"; trátase, pues, de una institución civil pero armada con función prioritaria de conservación del orden público interno (artículo 2º ibidem). *Esa naturaleza civil de la policía, que tiene además origen constitucional (artículo 167), fue lo que determinó que para los solos efectos de la aplicación del Código de Justicia Penal Militar, se los asimilara a militares en disposición (artículo 284) declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia el 20 de septiembre de 1973.*

En otra disposición del mismo Código de Justicia Penal Militar (art. 308 No. 2) se extiende la jurisdicción penal militar a "los delitos establecidos en leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior".

Ahora bien, mediante el artículo 18 del Decreto número 2137 de 1983 (cuyo antecedente es el artículo 8º del Decreto número 2347 de 1971) se establece que el juzgamiento de los miembros de la policía por la justicia castrense solamente procede cuando cometan delitos "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", precisiones éstas que constituyen apenas desarrollo de la norma constitucional que creó el fuero militar (art. 170).

Destácase que la mencionada disposición (artículo 18 del Decreto número 2137 de 1983), no circunscribe el ámbito de su aplicación a una determinada situación temporoespacial, vale decir, no limita su alcance a los períodos de normalidad institucional o a los de estado de sitio y, por consiguiente, lo extiende a unos y otros, con lo que por este aspecto ha quedado derogado el numeral 2º del artículo 308 del Código

de Justicia Penal Militar en la medida en que tal norma refería la aplicación de la jurisdicción castrense a delitos comunes cometidos en estado de sitio, dentro de la asimilación de policías a militares hecha por el artículo 284 de aquel mismo estatuto, que como ya se recordó la Corte, declaró exequible.

Si, pues, conforme al mencionado artículo 18 del Decreto número 2137 de 1983, la jurisdicción penal militar se aplica a los miembros de la policía que en cualquier tiempo cometan delitos "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", síguese en lógica de elemental deducción que cuando delincan por fuera de tales supuestos, en períodos de normalidad o de turbación del orden público, ha de aplicarse en su respecto la jurisdicción penal ordinaria. Así se desprende, además, de la sentencia de exequibilidad de dicha norma que profirió la Sala Plena el 26 de septiembre de 1985. De esta manera, se actualiza la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala respecto del tema en cuestión.

Conforme con las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo impugnado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

José H. Velásquez R.
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria

Porque no estamos de acuerdo con la decisión mayoritaria que adoptó la Sala en el caso concreto salvamos nuestros votos y sustentamos dicha disidencia de la siguiente manera.

Dijo la Sala en providencia de 22 de febrero de 1979, que corresponde a la justicia castrense, mientras exista estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo por cualquier tipo de infracción a ellos imputada. Igual cosa se había dicho ya en casación de 7 de diciembre de 1977, aunque con menor prolijidad, y en varias otras que concretaron un criterio diferente al que por aquel entonces tenía el Tribunal Disciplinario. Las decisiones aludidas fueron adoptadas, en su momento, por unanimidad.

Desde las fechas indicadas tal jurisprudencia fue dominante y se reiteró y precisó aún más en sentencia de casación de 17 de junio de 1980 que tuvo solo un salvamento de voto con fundamento gramatical y semántico. Con posterioridad continuó aplicándose la misma jurisprudencia hasta este momento en que la Sala, por mayoría vuelve a la tesis que sostuvo el Tribunal Disciplinario en su época y, más tarde hasta su desaparición, el Consejo Superior de la Judicatura.

El cambio jurisprudencial gira en torno del art. 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, que somete a la competencia de la justicia castrense el procesamiento de policiales a quienes aparezcan imputaciones por infracciones realizadas "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo". Concluyen de allí, mediante razonamiento equivocado a nuestro parecer, que los demás delitos que se les carguen, los llamados "comunes" deben ir al conocimiento de los jueces ordinarios; y así lo dicen en la providencia de la cual nos apartamos.

El análisis y examen del art. 8° del Decreto número 2347 de 3 de diciembre de 1971, y hasta el "Diario Oficial" en que fue publicado se cita expresamente en la providencia de 22 de febrero de 1979, no escapó a la consideración de la Sala. Es más, se dijo que con anterioridad al Decreto número 1705 de 1960, había dispuesto lo mismo, palabras más, palabras menos. Esa misma disposición podría repetirse por un hipotético futuro estatuto orgánico de la Policía Nacional, que, al igual que los antecedentes no alteran, derogan o de alguna manera modifican los arts. 308 y 284 del Código de Justicia Penal Militar.

Y es que resulta sumamente claro el art. 398 citado cuando en su segundo numeral asigna a la justicia militar el conocimiento "de los delitos establecidos en las

leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior", y más claro aún, si ello es posible, el art. 248 del mismo estatuto cuando dispone que "para los efectos de este código, los términos militar o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II. Debe agregarse aquí, y se dijo ya en su momento, que los dos artículos transcritos fueron declarados exequibles por la Corte mediante sentencia de 4 de octubre de 1971, de 29 de septiembre de 1973, respectivamente, fallos que, se recuerda, producen efectos *"erga omnes"* y *"adversus omnes"*.

Cuando se habla de tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público y conmoción interior como motivos para que la justicia castrense asuma el conocimiento "de los delitos establecidos en las leyes comunes" imputados a militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Militares, debe forzosamente, agregar a los miembros de las Fuerzas de Policía, por exacta combinación de las dos disposiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Resulta claro entonces que la Justicia Penal Militar, con o sin estado de sitio, juzga a los policiales cuando delinquen "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", y que solamente durante el estado de sitio esa competencia se amplía para conocer también de los delitos "comunes" que a dichos policiales se imputan. Y no hay contrariedad entre lo dicho y lo establecido por el art. 8° del Decreto número 2347 de 1971 y los arts. 308 y 284 del C. de J.P.M. porque la primera disposición rige para todo tiempo y las dos citadas en segundo lugar y que la sala mayoritaria considera opuestas están creadas para un "tiempo" exacto, el tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público, conmoción interior.

Consideramos, en consecuencia, que nos asiste razón y que, a pesar del fundado respeto que nos merecen los análisis, razonamientos y conclusiones adversos a nuestro criterio sobre la materia examinada no debió producirse la variación jurisprudencial de la cual discrepamos.

Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

EXTRADICION

El incumplimiento del procesado a la obligación de presentarse ante las autoridades, es en la legislación procesal colombiana una causal para revocar los beneficios concedidos, de acuerdo con los artículos 460 del C. de P.P. y 60 y 74 del C.P.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

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

Aprobado: Acta No. 94.

Bogotá, D. E., 8 de octubre de 1985.

VISTOS

El Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, por medio de la Nota Verbal No. 074 del 1° de febrero de 1985, ha solicitado al de Colombia la extradición del ciudadano José Antonio Cabrera Sarmiento, a causa de haberse proferido contra éste los autos de proceder Nos. 75-Cr-429-CA de 30 de abril de 1975, 81-Cr-0856 del 17 de diciembre de 1981 y SS-84-Cr-51 del 8 de mayo de 1984, dictados por la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en los cuales se le acusa de la comisión de los delitos de asociación para importar cocaína y marihuana y de porte de armas de fuego durante la ejecución de los actos de asociación antes mencionados, de falta de comparecencia ante la Corte para responder por los cargos anteriormente dichos y de importación y asociación para poseer cocaína para su distribución en los Estados Unidos, respectivamente.

La solicitud de extradición indica que los delitos fueron consumados en el país requirente, que están descritos en el artículo 2° del Tratado de Extradición suscrito entre los dos países, en el numeral 21 del apéndice (narcotráfico) y en el artículo 2 (4) (a) del mismo tratado (asociación para delinquir) y por último, que la extradición es procedente de conformidad con el artículo 20 del mismo tratado.

A la solicitud presentada por la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica se ha opuesto el señor apoderado del reclamado fundado, sustancialmente, en las siguientes consideraciones:

a) Respecto del cargo consistente en porte de armas de fuego durante la ejecución de los actos de asociación para importar cocaína y marihuana (auto de proceder No. 75-Cr-429-CA) por cuanto al reclamado no se le acusa de haber utilizado el arma sino, apenas, de llevarla consigo, hecho que si bien es punible en los Estados Unidos no lo es en la ley penal colombiana, en la que solo aparece descrito el comportamiento como una de las contravenciones especiales contra la seguridad y tranquilidad públicas, de conformidad con el artículo 21 del Código Nacional de Policía (Decreto No. 522 de 1971);

b) En relación con el cargo referente al incumplimiento, por parte del requerido, de la obligación contraída por éste de comparecer ante la Juez Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, el día y hora a que éste se había obligado a hacerlo, para ser puesto en libertad (auto de proceder No. 81-Cr-0856), por cuanto ese hecho, si bien es punible en los Estados Unidos de Norteamérica, en la legislación procesal penal colombiana ocasiona, apenas, la revocación de la libertad que se haya concedido al procesado y la pérdida de la caución prestada para disfrutar de aquélla, conforme lo prescribe el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal, y

c) En cuanto a los cargos consistentes en que el requerido Cabrera Sarmiento recolectaba y exportaba o entregaba cocaína y marihuana a otras personas, que se encargaban de transportarla de Colombia hacia los Estados Unidos, dentro de las finalidades propias de una empresa criminal establecida con el propósito de cometer esos y otros delitos (auto de proceder No. SS-84-Cr-51) porque, como lo sostuvo el otro apoderado del reclamado en el trámite de una diferente solicitud de extradición (Expediente No. 30.250) "no existen (respecto de las conductas) disposiciones similares o en circunstancias similares, como lo exige el Tratado, en el ordinal a) numeral 2, del art. 1° y por lo tanto, este instrumento es inaplicable", porque además "aun en el supuesto de que los verbos exportar o importar sean similares, no configuran una sola conducta punible para los efectos que persigue el tratado, sino dos, dos hechos, dos delitos, cada uno de los cuales con autonomía respecto de sus elementos constitutivos y de su tratamiento penal y porque, por último, existen tratados ecuménicos, suscritos conjuntamente tanto por Colombia como por los Estados Unidos, que prevalecen sobre el de Extradición aprobado por la Ley 27 de 1980,

Considerando

1. Si bien es cierto que la acusación contenida en el cargo tercero del auto de proceder No. 75-Cr-429-CA, consistente en portar el reclamado un arma de fuego durante los actos cometidos en desarrollo de la asociación de la que formaba parte para importar cocaína y marihuana a los Estados Unidos de Norteamérica, es conducta suya que no reúne las condiciones requeridas para rendir concepto favorable a la extradición, las razones que asisten a la Corte son diferentes de las que alega su apoderado.

La Corte, en efecto, observa que aquel comportamiento no constituye delito autónomo en la legislación penal norteamericana, sino apenas motivo de agravación punitiva para los delitos cometidos en tales circunstancias (portando armas).

La agravación aparece descrita en los siguientes términos por la ley penal norteamericana:

"...(c) quienquiera que..."
"....."
"...(2) porte ilegalmente un arma de fuego durante la comisión de un delito mayor por el cual pudiera ser procesado ante una Corte de los Estados Unidos...".

"...(3) quedará sometido, además de la sanción prevista por la comisión de dicho delito mayor, a ser sentenciado a prisión por un término no inferior a un año ni superior a diez años...".

Así, además, lo admite el propio fiscal John M. McEnany, bajo juramento:

"...Esta porción del Código Penal Federal de los Estados Unidos dispone que habrá un término de encarcelamiento adicional de hasta diez años (más allá del que se imponga por la comisión del delito mayor) para cualquiera que porte ilegalmente arma de fuego durante la comisión de un delito federal mayor...".

2. *Es igualmente cierto que la acusación a que se refiere al cargo único contenido en el auto de proceder No. 81-Cr-0856, consistente en haber incumplido el reclamado la obligación previamente contraída por éste de concurrir ante la juez distrital para el Distrito Sur de Nueva York el día y hora en que se había obligado a hacerlo, como requisito para ser puesto en libertad, es comportamiento que no se encuentra sancionado penalmente en la legislación procesal colombiana, que la considera apenas, como motivo para que sean revocados la libertad provisional y los subrogados penales con la consiguiente pérdida de las cauciones prendarias prestadas por el beneficiario:*

"...Artículo 460. Obligaciones del excarcelado. La providencia en que se conceda la excarcelación impondrá al beneficiado la obligación de residir mientras dure el proceso, en el distrito judicial en donde éste se sigue o la de no cambiar de domicilio sin autorización del juez, y presentarse periódicamente ante la autoridad que éste señale. El incumplimiento de esas obligaciones dará lugar a la revocación de la libertad o al pago de la caución..." (subraya fuera del texto).

"...Artículo 60 del Código Penal. Revocación. Si durante el período de prueba el condenado cometiere un nuevo delito o violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada..." (subrayas fuera del texto).

".....".

"...Artículo 74 *ibidem*. Revocación. Si durante el período de prueba que comprenderá el tiempo que falte para cumplir la condena y hasta una tercera parte más, cometiere el condenado un nuevo delito o violare las obligaciones impuestas, se revocará la libertad condicional y se hará efectivo el resto de la pena que haya dejado de cumplir..." (subrayas fuera del texto).

3. No es cierto, sin embargo que la solicitud de extradición por los delitos de asociación o concierto para delinquir y de exportación de cocaína y marihuana de Colombia hacia los Estados Unidos, para ser distribuidas esas sustancias en este

último país, sea petición ilegal, respecto de la cual la Corte ha de emitir concepto desfavorable, por no existir similitud circunstancial entre los delitos que se le atribuyen al reclamado en los Estados Unidos y su descripción en la legislación colombiana, por constituir la importación y exportación de estupefacientes dos diferentes delitos, distintos y autónomos, el primero de los cuales habría sido cometido íntegramente en territorio colombiano y sería del conocimiento privativo de los jueces nacionales y, por último, por existir tratados internacionales multinacionales aprobados por Colombia y los Estados Unidos que, por su carácter ecuménico, prevalecen sobre el bilateral de extradición aprobado únicamente entre esos dos países.

La Corte, en efecto, sobre análogos argumentos presentados por el otro apoderado del reclamado en el Proceso No. 30.256, a los cuales se remite su abogado en este asunto, consideró infundadas tales críticas y los argumentos expuestos para sustentarlas.

Dijo la Sala en esa oportunidad:

"...1. Buena parte del alegato presentado por el apoderado de Cabrera Sarmiento se orienta a demostrar la inaplicabilidad del Tratado de Extradición Colombo-Americano por su aparente contradicción con Tratados Multilaterales aprobados por Colombia. Sobre esta materia ha de recordarse lo que puntualizó la Sala en concepto de extradición del 26 de octubre de 1983: 'No puede la Sala de Casación Penal, tampoco analizar 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, aun para ella misma que es la encargada de la guarda de su integridad, por razones que pueden o no compartirse y 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'. Pero es que, además, la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, prevé en su artículo 41 la posibilidad de que dos o más partes en un tratado multilateral puedan celebrar un acuerdo 'que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas...'.

"...2. Considera igualmente el memorialista que la extradición de su cliente debe negarse por que la exportación e importación de estupefacientes configuran dos delitos distintos y autónomos, el primero de los cuales habría ocurrido en Colombia y exigiría, por lo mismo, previa investigación y pronunciamiento judicial de las autoridades nacionales. Reitera la Sala, a este propósito, que el tipo penal descrito en el art. 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes es de los llamados compuestos alternativos porque se integra con varios verbos rectores (introducir al país, sacar de él, llevar consigo, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, suministrar), cada uno de los cuales configura conducta que realizada de manera autónoma e independiente conforma hecho punible, pero que ejecutada con

otra u otras de ellas dentro de un mismo contexto de acción, o implicando la una presupuesto o desarrollo naturalístico de la otra, no generan concurso delictivo sino realización de un solo hecho punible; tal ocurre con la exportación de sustancia estupefaciente (sacar del país), en cuanto tal acción implica de suyo e ineludiblemente la importación de esa misma sustancia (introducir al país) al territorio de otro Estado; por eso en tales casos no se está frente a dos delitos autónomos, sino ante uno solo integrado por dos actos, previsión ésta específicamente contemplada en el Tratado de Extradición Colombo-Americano en el literal a) de su art. 8° e interpretado así por esta Sala: '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', 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 trata de hechos naturalísticamente complejos en los que 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. 5° 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 al Convenio, mecanismo éste, que, por lo demás, suele estar previsto en los Tratados y lo está ciertamente en el art. 21 numeral 4 del que suscribieron Colombia y los Estados de América en 1979 (concepto de noviembre 29 de 1983. M.P. Doctor Alfonso Reyes Echandía)...".

"...Otro argumento del libelista es el de que no existe similitud circunstancial entre los delitos que se le atribuyen a su cliente en las actas de acusación del Gran Jurado y su regulación normativa en la legislación penal colombiana; ocurre sin embargo que el fundamento legal de tal aseveración es el ordinal a) del numeral 2° del artículo 1° del Tratado, que se refiere a la situación en que el delito 'se haya cometido fuera del Estado requirente', supuesto que sería válido en este caso de aceptarse la tesis –ya rechazada por la Sala en el acápite anterior– conforme a la cual el traslado de

estupefacientes de Colombia a los Estados Unidos configura dos delitos, uno de exportación consumado en el primero de dichos países y otro de importación verificado en el segundo de ellos. La norma aplicable en situaciones como la presente es, entonces, la del art. 2° del Tratado, cuya previsión es la de que los hechos que motivan la solicitud de extradición sean delitos en ambos Estados, independientemente de que figuren o no en la lista del apéndice del Tratado o de que se designen en las dos legislaciones con la misma o diversa terminología jurídica...".

(Concepto de 2 de octubre de 1985, Expediente No. 30.256, ponente Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía).

De conformidad con el artículo 9° del Tratado celebrado entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América:

"...3. Cuando la solicitud de extradición se refiere a una persona que aún no haya sido condenada, deberá ir acompañada de:

"...a) Una copia del auto de proceder o su equivalente emitido por un juez u otra autoridad judicial del Estado requirente...".

".....".

Este requisito aparece plenamente satisfecho en la documentación en que se apoya la solicitud, si bien es preciso recordar que según las leyes norteamericanas, la acusación (que equivale al auto de proceder entre nosotros) no se profiere por el juez ni mediante auto, como en el procedimiento penal colombiano, sino por el correspondiente Gran Jurado, como ha ocurrido en este asunto.

La imputación al señor Cabrera Sarmiento se hace consistir en el hecho de haberse asociado con otras personas fuera de los Estados Unidos, constituyendo una organización criminal cuya finalidad era la de importar y distribuir drogas narcóticas, cocaína y marihuana, dentro del territorio de aquel país, infracción autónoma sancionada en la ley penal de Norteamérica de conformidad con el Título 21, secciones 846 y 963 del Código de aquella nación, en relación con los delitos descritos en el Título 21, secciones 841 (a) (1) y 952 (a) del mismo Código, que corresponden, en su orden, a las conductas definidas en la legislación penal colombiana bajo la denominación de Asociación o Concierto para Delinquir (artículos 3° del Decreto 2525 de 1963 y 186 del Decreto-ley número 100 de 1980) y de tráfico de estupefacientes (artículo 38 del Decreto 1188 de 1974).

Se da, por tanto, el requisito de la doble incriminación tanto respecto del delito de asociación o concierto para delinquir, como en relación con los que tal organización estaba destinada a realizar en los Estados Unidos (tráfico de estupefacientes).

Se cumple, igualmente, el requisito de la pena mínima señalada para la procedencia de la extradición, de conformidad con el artículo 2-3 del Tratado, pues tanto en el país requirente como en el nuestro la pena para la conspiración y para la Asociación o el Concierto son, con mucho, superiores a la de un (1) año de privación de la libertad prevista en esa disposición.

Finalmente, la solicitud de extradición no se refiere a la comisión de delitos políticos o militares, ni conexos con éstos, no se ha producido conforme a la ley del

país requirente la prescripción de la acción, ni se presenta el evento de un doble juzgamiento por los mismos hechos en ambos países, ni los que se atribuyen al reclamado Cabrera Sarmiento se encuentran sancionados con la pena capital.

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, rinde concepto desfavorable sobre la extradición del señor José Antonio Cabrera Sarmiento en relación con el cargo tercero contenido en el auto de proceder No. 75-Cr-429-CA de 30 de abril de 1975 de la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York y respecto del cargo único contenido en el auto de proceder No. 81-Cr-0856 del 17 de diciembre de 1981 de la misma Corte y concepto favorable a su extradición por los cargos 1 y 2 del auto de proceder No. 75-Cr-429-CA y por los cargos 1 y 2 del auto de proceder No. SS-84-Cr-51 dictado el 8 de mayo de 1984 por la misma Corte para el Distrito Sur de Nueva York.

Devuélvase la actuación al Ministerio de Justicia. Cúmplase.

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

José H. Velásquez R.
Secretario.

FALSEDAD

Cuando se realiza por torpeza una conducta tipificada como falsedad, no hay ánimo de causar perjuicio y siendo sancionable solo cuando se comete con dolo, es necesario concluir que el agente actuó con carencia absoluta de culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta No. 94.

Bogotá, D. E., 8 de octubre de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín consulta su auto del 9 de mayo del corriente año por el cual sobreseyó definitivamente, de un presunto delito de falsedad en documento público, al ex-juez promiscuo municipal de Abriaquí (Antioquia), doctor Julio Martín Salazar Giraldo.

Agotado el trámite de esta segunda instancia, con concepto favorable del Ministerio Público y silencio de las otras partes, se procede a resolver la consulta.

HECHOS

El alcalde municipal de Abriaquí (Antioquia) concedió permiso durante los días 22, 23 y 24 de septiembre de 1982, el Juez Promiscuo Municipal de dicha localidad, doctor Julio Martín Salazar Giraldo, en uso de tal permiso, el aludido funcionario aparece firmando, durante los ya señalados días, los siguientes diligenciamientos relacionados con dos inspecciones judiciales practicadas en la citada alcaldía, así:

Día 22: el auto que decreta una de las inspecciones judiciales.

Día 23: el acta de la anterior diligencia; el auto que ordena el avalúo de unos enseres y su diligenciamiento; el auto que decreta la otra inspección judicial, y el acta de éste.

Día 24: el auto que ordena el avalúo de otros enseres y la diligencia respectiva.

Ocurrió que el citado funcionario, al regresar de su permiso al juzgado, advirtió que el secretario había resuelto favorablemente la situación jurídica del alcalde del mismo municipio, a quien se le adelantaba un sumario. Esta decisión fue considerada improcedente por el juez Giraldo Salazar, y por ello acusó a su secretario ante la Procuraduría, seccional de Turbo, la cual observó entonces la ya descrita conducta del juez lo que dio origen a este proceso.

Resultandos

Consideró el Tribunal Superior de Medellín que el doctor Julio Martín Salazar Giraldo, en su calidad comprobada de Juez Promiscuo Municipal de Abriaquí, no tuvo comportamiento doloso al estampar su firma en las ya mencionadas decisiones y actuaciones, durante los días en que precisamente se hallaba disfrutando del permiso otorgado por la alcaldía del mismo municipio, ya que, como lo anota el acusado, "...lo hizo sin darse cuenta, sin percatarse del contenido de lo que estaba firmando, pues era costumbre firmar las diligencias que el secretario le pasaba para ese efecto, sin leerlas, confiado en la buena fe de su subalterno y en ningún momento obró con dolo...".

Procedió el *a quo* a dar aplicación al artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia sobreseyó definitivamente al juez acusado del cargo de falsedad en documento público.

Se considera

No cabe duda alguna sobre la existencia de los hechos que motivaron la presente investigación, tal como se desprende de las copias aportadas de la inspección judicial practicada en el proceso por peculado contra el alcalde del mencionado municipio, y de la confesión del juez acusado, pero no hay prueba que permita afirmar la responsabilidad de éste, pues no se vislumbra que su voluntad hubiera estado encaminada a causar perjuicio alguno.

El funcionario acusado cayó en la torpeza de refrendar con su firma las ya mencionadas diligencias judiciales, lo cual se traduce en actividad culposa, caso en el cual no puede deducírsele responsabilidad punible porque el delito resultante, "falsedad documental", no es sancionable sino cuando se comete con dolo.

De lo anteriormente indicado se concluye que el juez Julio Martín Salazar Giraldo no procedió con actitud consciente de su voluntad orientada a la realización de una conducta típica y antijurídica. Su proceder no estuvo revestido de dolo: no acomodó su comportamiento para realizar elementos integradores de los delitos contra la fe pública, no tuvo conciencia de ilicitud alguna, luego, hay que concluir que actuó con carencia absoluta de culpabilidad.

Bien estuvo, en consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal de instancia y, por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia. –Sala de Casación Penal–, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

José H. Velásquez R.
Secretario.

1. INIMPUTABILIDAD

Cuando la reconoce el jurado de conciencia.
Es categórica la Corte, como en anteriores jurisprudencias, que el jurado de conciencia no puede convertirse en juez y perito médico legal para hacer pronunciamiento sobre la inimputabilidad del procesado.

2. PERITACION MEDICO-LEGAL

El dictamen del perito no es por sí plena prueba, según el texto expreso de la ley, que así da plena soberanía al fallador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta No. 94.

Bogotá, D. E., 8 de octubre de 1985.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió sentencia condenatoria contra el procesado Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, por los delitos de hurto calificado, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena, en razón de lo cual le impuso la pena de tres años de prisión, a más de las pertinentes penas accesorias. Así mismo, lo absolvió por los delitos de homicidio, en grado de tentativa, que habían dado lugar al enjuiciamiento.

Contra esta determinación el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación que fue declarado admisible, presentada la demanda que se declaró ajustada a las exigencias formales previstas en la ley y recibida la opinión del señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a decidir el recurso.

HECHOS

Fueron relatados así por el Tribunal de Medellín:

"A eso de las once y media de la mañana del 12 de diciembre de 1981, se dirigía el señor José Noé Quintero Moreno hacia su lugar de trabajo, la heladería 'Carde-

nal', situada en la calle 96 con la carrera 72 No. 72-13 de la nomenclatura de esta ciudad en compañía de la señorita Gloria Castaño Arango. Sorpresivamente fue atracado por Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, quien buscaba apoderarse de un revólver 'Smith y Wesson', calibre 38 largo que portaba la víctima. Después de violento forcejeo, Rigolly Saldarriaga logró despojarlo de él. En su afán de recuperar el arma Quintero Moreno emprendió la persecución del ladrón, quien, para mantener el fruto de la rapiña, le hizo frente y a corta distancia, disparó contra éste el arma que le había arrebatado antes y logró inferirle dos lesiones, una en la región inguinal y otra en el bíceps derecho, para reemprender luego su huída. Fue seguido entonces por los señores Luis Fernando Quintero Cárdenas y José Luis Henao, quienes se movilizaban en una motocicleta, razón por la cual el peligroso Rigolly Saldarriaga tomó como escudo a una dama que transitaba por allí, pero la rehén logró zafársele y escabuyirse (sic). Calculando entonces, como verdadero estratega su propia situación, penetró arbitrariamente al domicilio de Gabriel González Acosta, situado en la calle 97, número 71A-13, en donde hizo de las suyas, ante los asombrados habitantes a quienes llegó a pedir que estuvieran 'calmados'. Desde el interior de esta residencia, disparó nuevamente el arma de fuego en contra de Luis Fernando Quintero, a quien afortunadamente apenas le produjo una levísima herida, pues el proyectil solo le rozó la región torácica. Salió luego de la residencia hasta alcanzar la carrera 72, en donde revólver en mano abordó una buseta de servicio público que cubría la ruta del barrio Castilla, conducida por Luis Enrique Giraldo Zapata, a quien obligó amenzante a dirigirse por la misma vía, en forma rápida. Pero dentro del vehículo fue despojado del arma en un momento de sorpresa y reducido a la impotencia, fue puesto a disposición de la autoridad".

ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Medellín dispusiera la iniciación de la investigación penal, dentro de la cual se dictó auto de detención contra Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga.

Acontecimientos de alguna significación llevaron al funcionario instructor a disponer la práctica de un examen médico psiquiátrico del procesado. En efecto, en la diligencia de indagatoria expresó que no había sufrido enfermedades mentales "pero sí tengo un hermano que ha estado en el Hospital Mental de Bello, de pronto se descontrola y hay que llevarlo al hospital...". Además que en razón de que a su madre le habían amputado una pierna y tenían que hacer lo mismo con la otra, se dedicó a beber y perdió todo control, de modo que nada recuerda de los hechos.

El declarante Gabriel González Acosta, quien presenció el desarrollo de los hechos, hizo esta manifestación con relación al procesado: "Para mí ese tipo que yo vi, tenía que haber tenido alguna cosa, tenía una mirada muy fea, yo creo que estaba borracho, pero no le sentí olor a trago, además estaba siempre retirado de él y ese tipo lo que estuvo en mi casa, no hablaba nada, no dijo una palabra, para mí tenía que tener alguna cosa, para mí en sano juicio no estaba". Observó que temblaba con el arma "... y respiraba como ahogándose, como si estuviera cansado y abría los ojos y boca, y esos ojos grandes brotados y rojos...".

Por su parte el declarante Jorge Orlando Acosta Múnera, quien también presenció el desarrollo de los hechos, al ser preguntado sobre si el procesado daba muestras de estar embriagado o bajo los efectos de alguna droga o alucinógeno, manifestó: "Ciertamente no, pero a simple vista, parecía que estaba como drogado, por la cuestión de los movimientos, como cuando le temblaba la mano y además, cuando habló, que dijo calmados, habló en un tono muy raro, como el de los marihuaneros".

También el testigo Luis Enrique Giraldo Zapata observó algo anormal en el procesado. Sobre este aspecto dijo: "No le sentí olor a aguardiente, era como todo sonso o enmariguanado, eso por el estado en que se encontraba, en la forma en que se encontraba él, no estaba en sus cabales".

De conformidad con el examen médico practicado por el psiquiatra forense de la seccional de Medellín del Instituto de Medicina Legal, el procesado Rigolly Saldarriaga se hallaba en situación de inimputabilidad cuando ocurrieron los hechos que determinaron su condena. A manera de síntesis dijo el psiquiatra forense:

"Puedo concluir que el señor Rigolly ha permanecido en una situación de compromiso neurótico que lo llevó a actuación disociativa cuando fue amputada por primera vez su madre y que ante el aumento de amenaza de pérdida de la misma repitió bajo efectos de bebidas alcohólicas un nuevo episodio disociativo.

"Conceptúo por lo tanto que al momento de los hechos el señor Rigolly actuó bajo los efectos de una reacción disociativa, lo cual es un trastorno transitorio, que le impedía determinarse.

"Recomiendo se oriente a tratamiento psiquiátrico y revisión neurológica pues ante nuevas circunstancias de alto grado de dolor psíquico para él, se podría repetir para él, se podría repetir una reacción disociativa".

El Juzgado Quinto Superior de Medellín, de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, llamó a responder en juicio criminal a Rigolly Saldarriaga, sin la intervención del jurado de conciencia, por los delitos de tentativa de homicidio, hurto, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena. En esta providencia estimó que "El justiciable responderá de los hechos punibles como inimputable, por padecer, al momento de su comisión, un trastorno mental serio y transitorio, que exige un tratamiento psiquiátrico, toda vez que su comportamiento obedeció a la tensión psicológica producida por los padecimientos físicos de su señora madre, demostrando así una carencia de independencia emocional respecto de ella y mostrando agresividad, como respuesta, a su situación de angustia y a su inmaduro desarrollo de la personalidad (art. 31 del C. Penal)".

El Tribunal Superior de Medellín confirmó el auto de proceder con la modificación de que en relación con los atentados contra la vida y la integridad personal concurría la causal de agravación contemplada en el numeral 2° del artículo 324 del C.P., además, estimó que el juzgamiento debía adelantarse con la intervención del jurado de conciencia, dada la condición de imputable del procesado. En efecto, esa Corporación consideró que el dictamen psiquiátrico era infundado y equivocado, pues "El diagnóstico de la neurosis de tipo disociativo exige unos presupuestos científicos muy fundados y claros, pues no está justificado que el médico considere

un síntoma como siconeurótico, sino cuando descubre muy suficientes factores sicógenos que lo expliquen, pues tal diagnóstico es profundamente difícil y se hace necesario saber hasta dónde se simula la pérdida de conciencia, o hasta dónde fue real. A los neuróticos justamente se les ha llamado los grandes simuladores y los histéricos, se han caracterizado por su capacidad de mentira e impostura. De manera que para llegar a una conclusión acertada con este tipo de pacientes, es preciso eliminar toda sospecha de simulación".

De algunas expresiones del procesado pronunciadas durante la ejecución de los ilícitos deduce el Tribunal que éste actuó en forma consciente y deliberada, pues mientras pugnaba por apoderarse del revólver, pedía que no se acercara nadie; así mismo, cuando penetró a la casa de uno de los declarantes, pedía calma a los residentes; cuando estaba dentro de la casa se sentó en la sala apuntándole a la señora a quien le decía que pusiera seguro a la puerta y no gritara; así mismo cuando subió a la buseta pidió al conductor que fuera a donde quisiera, pero rápido, mientras encañonaba a quienes lo perseguían; ya en la patrulla hablaba bien y decía que había disparado por el susto.

Dentro del período probatorio de la causa se practicó un nuevo examen psiquiátrico a Rigolly Saldarriaga, que condujo a las siguientes afirmaciones del experto:

"1. No se practicaron pruebas o tests psicológicos (sic), solo se hizo examen psiquiátrico donde se percibe a todo lo largo de la exploración una situación de compromiso neurótico o sea un equilibrio muy pobre de su sistema dinámico de personalidad.

"2. Dentro de las características comunes (sic) a todas las neurosis existen: a) amenaza real o imaginaria de pérdida de una fuente de seguridad, lo que promueve un aumento de la angustia; b) para suprimir o disminuir la angustia al yo del paciente debe utilizar mecanismos de defensa; c) cada vez que se utiliza una defensa y no es adaptativa al sujeto, debe vivir una regresión; d) se reactivan conflictos o derivados de conflictos que deben ser elaborados en el presente; e) esta situación origina finalmente el síntoma.

"En el caso de la neurosis disociativa es justamente el mecanismo de negación y disociación el que se emplea, llevando a actuaciones disociadas con la posterior amnesia masiva de los hechos.

"3. Tanto el conflicto de pensamiento como el afecto del sindicado y los relatos de la madre, además de la evidente realidad de estar amputada, limitada y muy angustiada no dejan dudas de que el sindicado estuviera tratando de equilibrarse en medio de gran tensión. Además hay antecedentes de episodio disociativo sin la finalidad de delinguir (sic) o de obtener un beneficio distinto a evitar una regresión más profunda.

"4. Es muy posible que se repita un episodio discuativo (sic) si el sindicado se ve sometido a sobrecarga emocional y generadora de angustia, pues el mecanismo que usa es la disociación.

"Segundo: La entrevista psiquiátrica al sindicado y a su madre, lo mismo que la consulta del sumario y el estado actual del sindicado permiten llegar a dictaminar 'trastorno transitorio' ".

Se verificó la diligencia de audiencia pública dentro de la cual tanto el fiscal como el defensor insistieron en la inimputabilidad del procesado y al término de la misma, los miembros del jurado de conciencia respondieron por unanimidad de la siguiente manera: Para los cargos de tentativa de homicidio dijeron "Sí, de lesiones personales. Pero es inimputable por trastorno mental transitorio"; y, en relación con todos los demás cargos la respuesta fue "Sí, pero es inimputable por trastorno transitorio".

El juzgado del conocimiento estimó que las respuestas del jurado consultaban la realidad procesal y, además, que los jueces de hecho estaban facultados para pronunciarse en relación con la inimputabilidad del procesado, de modo que absolvió a Rigolly Saldarriaga por los cargos que se le habían hecho por tentativa de homicidio y con respecto a los demás cargos del auto enjuiciatorio le impuso medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico oficial por un término mínimo de seis meses, con el fin de que fuera sometido a tratamiento adecuado y mientras recupera su normalidad psíquica.

El Tribunal Superior de Medellín, ante quien su fiscal había pedido la confirmación integral de la sentencia, ratificó el fallo proferido en relación con los delitos de tentativa de homicidio y lo revocó en cuanto a sus demás determinaciones, por cuanto encontró que eran impertinentes las referencias hechas por el jurado sobre la inimputabilidad del encausado, de modo que las desechó con apoyo en una decisión jurisprudencial y condenó a Rigolly Saldarriaga a la pena de tres años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por los demás delitos que habían dado lugar al enjuiciamiento.

La demanda de casación

El defensor del condenado acusa la sentencia de segunda instancia con apoyo en la causal segunda de casación prevista en el numeral 2° del artículo 580 del C. de P.P., pues estima que la providencia que puso fin al proceso se dictó en desacuerdo con las veredicciones emitidas por el jurado de conciencia convocado para el juzgamiento, "...en razón de que el sentenciador desconoció la condición de inimputable del justiciable debidamente acreditada en el proceso y con fundamento en la cual el jurado emitió sus veredictos, lo cual dio lugar a que la sentencia se dictara en desacuerdo con aquéllos".

Destaca que el Tribunal violó el artículo 519 del C. de P.P., que dispone que la sentencia se dicte de acuerdo con el veredicto y, basado en opiniones de diversa procedencia, encuentra que el jurado de conciencia está legalmente facultado para referirse a la inimputabilidad del procesado y, por lo tanto, al juez no le es dable desconocer la parte pertinente de la respuesta que a ese tema se refiere. Como en el caso examinado está demostrado pericialmente que el condenado actuó dentro de un trastorno mental transitorio y esa fue la base de la contestación, el juzgador ha debido acoger la aludida respuesta e imponer la correspondiente medida de seguridad.

Pide que se case parcialmente la sentencia impugnada a fin de que sea reconocida la inimputabilidad del acusado, que se deriva más que del veredicto, de las evidencias procesales, para que se aplique la medida de seguridad apropiada.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se muestra partidario de la reiterada posición de la Sala Penal de la Corte que niega competencia al jurado para decidir sobre la inimputabilidad del procesado (sentencias de octubre 14 de 1980, agosto 11 de 1981, octubre 13 de 1983 y julio 10 de 1984), pero a la vez destaca que el juez en su tarea de valorar la pericia médica no puede llegar al extremo de ignorar los elementos de convicción aducidos al proceso que llevan a la demostración de que el procesado padecía trastorno mental en el momento de la comisión de los hechos que se le atribuyen.

En el caso que se estudia son varios los episodios que llevan a respaldar las conclusiones del perito médico, pues el acusado nada recuerda de lo acontecido, le agobiaban múltiples problemas familiares y afectivos, asumió actitudes que llevaron a algunos testigos a declarar que parecía que no estuviera en sus cabales, a más de que antes había padecido un traumatismo craneano ocasionado por un animal de gran peso, del cual dan fe la madre del procesado y el propio funcionario que observó la cicatriz. En consecuencia, asevera que la posición del Tribunal no es atendible, pues desestimó la pericia sin que le asistieran razones válidas para hacerlo.

Para concluir señala: "Establecido entonces, mediante prueba técnica e idónea, ampliamente ratificada con otros elementos de juicio, que el procesado recurrente padecía para la época de sucedidos los acontecimientos investigados de trastorno mental transitorio caracterizado por una neurosis de carácter disociativo que puede repetirse por una sobrecarga emocional y que requiere tratamiento psiquiátrico y revisión neurológica; estamos en presencia de un inimputable que reclama tratamiento curativo y cuyo juzgamiento y condena no podía realizarse con intervención del jurado de conciencia, como si se tratara de persona sana de mente, sujeta a pena privativa de la libertad y no a medida de seguridad.

"Significa lo expuesto, que en el juzgamiento de Rigolly Saldarriaga se desconoció una de las formas del debido proceso, quebrantándose el artículo 26 de la Carta Política e incurriéndose en nulidad de orden supralegal que debe ser declarada por esa honorable Corporación a partir de la diligencia de sorteo de jurados para que se reponga el procedimiento conforme a derecho debiendo el juez del conocimiento descartar la intervención del jurado de conciencia mediante auto de simple trámite".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A juicio del recurrente la sentencia acusada se dictó con desconocimiento del artículo 519 del C. de P.P., que dispone que ésta deberá dictarse en consonancia con el veredicto. Estima, además que el jurado de conciencia está facultado legalmente para ocuparse de la inimputabilidad del procesado, de modo que no pueden ser desconocidas las apreciaciones que en torno de este tema hace en su respuesta.

Mayoritariamente esta Sala ha consignado que el juez de derecho debe hacer caso omiso de toda referencia a la inimputabilidad del procesado hecha por el jurado de conciencia, por las razones que quedaron consignadas en providencia del 14 de octubre de 1980 y que han sido posteriormente reiteradas. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

"Pues bien, el artículo 535 del C. de P.P., autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado 'circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario', la adición hecha por el jurado en el caso *sub judice* constituirá una de tales circunstancias. Veámoslo:

"*Lato sensu* entiéndese por circunstancias cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico-penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal, si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este segundo sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrean aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del Código y se predican, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los artículos 37 y 38 del C.P. de 1936, y 64 y 66 del C.P. de 1980) y las últimas aparecen en la parte especial del Código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el art. 363 como formas agravadas de homicidio (art. 324 del C.P. de 1980).

"Ahora bien, las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena solo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el art. 534 del C. de P.P., aquellas a las que se refiere el art. 535 *ibidem* y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas –atenuantes o agravantes– aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo –*lato sensu* entendido– por el cual se llamó a juicio.

"Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía psíquica en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el art. 29 del C.P. como factor de inimputabilidad.

"Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se la puede tener como mera circunstancia.

"El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado;

pero olvida que el artículo 498 de la codificación original del C. de P.P. que le concedía tal atributo fue derogado por el art. 1° del Decreto número 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta Corporación en providencia de ocho de julio de 1966 (G.J. CXVII 2282 p. 358) en la que expuso: 'Si de acuerdo con el Decreto número 3347 de 1950 (art. 1°, ordinal 8°), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía psíquica', es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario.

"Dice el recurrente que si el juzgador no compartía la respuesta del jurado ha debido declarar contraevidente el veredicto pero no desechar la referencia a la inimputabilidad de los procesados. Respóndese a este planteamiento con la siguiente consideración: la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado la reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre su responsabilidad, por donde no había lugar a declarar contraevidencia alguna.

"La incompetencia del jurado para decidir sobre la inimputabilidad del procesado tiene, además, expreso fundamento en el numeral 5° del art. 34 del C. de P.P. en el que se indica que los jueces superiores tienen competencia para conocer en primera instancia, sin intervención del jurado, entre otros, del delito de homicidio 'cuando el imputado se hallare en circunstancias del artículo 29 del Código Penal' " (Casación de 14 de octubre de 1980, Magistrado ponente, doctor Alfonso Reyes Echandía).

De esta jurisprudencia que reitera las anteriores de la Corte, se concluye de manera categórica que el jurado de conciencia no puede convertirse al mismo tiempo en juez y perito médico-legal para hacer pronunciamientos referentes a la imputabilidad del procesado.

Ahora bien, descartada así la prosperidad del cargo formulado por el demandante, es necesario que la Sala se pronuncie sobre la pretendida nulidad de carácter constitucional que propone el Procurador Delegado en lo Penal, quien en términos generales sostiene que habiéndose establecido por prueba técnica e idónea que el procesado recurrente padecía para la época de los hechos trastorno mental transitorio que lo hacía clasificar como inimputable, resulta de rigor jurídico declarar la nulidad supralegal a partir del auto que ordenó el sorteo de jurados para que el procesado se reponga sin la intervención de éstos.

Ese planteamiento del Ministerio Público no procede por las siguientes razones:

1. *El juez de derecho obrando conforme a la ley, apreciando el dictamen médico-legal de conformidad con el art. 278 del Código de Procedimiento Penal determinó su valor probatorio como insuficiente para demostrar plenamente la inimputabilidad del procesado. Esto es, que partiendo del mandato legal de que el dictamen del perito no es por sí plena prueba, llegó en forma razonada a la convicción de que ese experticio no demostraba satisfactoriamente la inimputabilidad del acusado. Fue así como se profirió el llamamiento a juicio en legal forma y como en el término de la causa*

cuando se produjo un nuevo dictamen sobre el punto lo desestimó para proseguir el procedimiento con intervención de jurado hasta sentencia definitiva. Toda esa actuación se realizó bajo el amparo de la ley y con ceñimiento a ella.

2. *El planteamiento del fiscal se edifica sobre una premisa inadmisible consistente en que el dictamen médico legal hace por sí mismo plena prueba. Inatendible esta manera de razonar porque contraría el texto expreso de la ley que precisamente postula lo contrario, es decir, que el dictamen del perito "no es por sí plena prueba". Esto destaca que el Procurador presenta a la Corte su propio punto de vista, su personal convicción, para enfrentarla a la del fallador, como si la soberanía de éste en la apreciación del dictamen pericial pudiera ser cambiada por la de cualquiera de las partes en sede de casación, por el solo hecho de no ser coincidente.*

3. No es posible confundir una apreciación probatoria equivocada, si es que en este caso lo fue, con una nulidad procesal. Cuando de nulidades se trata se está casi siempre frente a un error *in procedendo*, en cambio cuando se trata de una apreciación probatoria equivocada se está siempre frente a un error *in judicando*. Esto pone de relieve que por la vía del error *in judicando*, salvo el caso indicado en la primera parte del numeral 5 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, no es posible estructurar nulidad de ninguna clase. Entonces, la teoría indica que solo mediante errores *in procedendo* es posible, por regla general, conformar nulidades procesales de orden legal o constitucional.

4. Y, finalmente, proponer la nulidad como aquí lo hace el Procurador, es tanto como pretender que la Corte case oficiosamente por la causal primera de casación, puesto que la edifica sobre la apreciación de la prueba pericial, tachando de equivocada esa estimación, lo que significa proponer la violación indirecta de la ley por error en la apreciación de esa prueba. Situación que le está vedada a todo recurrente en los casos en que interviene el jurado, como lo ha venido sosteniendo en forma ininterrumpida esta Corporación con fundamento en la técnica que informa el recurso de casación.

En suma, hizo bien el Tribunal sentenciador al omitir el agregado del veredicto relativo a la inimputabilidad del procesado, es decir, al tenerlo como inexistente, y, en consecuencia, al proferir sentencia de condena con base en la afirmación de responsabilidad en él contenida.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Jesús Bernal Pinzón, Conjuez.

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria en el proceso contra Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga (No. 29.031)

Con todo respeto consignamos a continuación las razones que nos llevaron a suscribir la anterior providencia con salvamento de voto.

1. Como en el propio fallo de la Sala se acepta, existen en el expediente desde la iniciación de la etapa sumarial, variados elementos de juicio que permitían suponer fundadamente que el procesado, al momento de la comisión de los hechos que se le atribuyen, no se encontraba en condiciones de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Dichos elementos son diversos y concordantes, pues no solamente se trata del hecho aislado de que el acusado dijera en su indagatoria que nada recordaba sobre lo acontecido (lo que llevó al Tribunal a considerar que tal posición ponía en evidencia una personalidad simuladora), sino que, además, otros factores condujeron a los demás funcionarios que conocieron del proceso a creer en la inimputabilidad del procesado. Este en su indagatoria hizo la afirmación de que un hermano suyo se descontrolaba y por ello periódicamente requería atención médica; con anterioridad a los hechos sufrió grave traumatismo craneano cuyas huellas aún ostenta; para la época de los hechos vivía una situación de angustia pues a su progenitora le fue amputado uno de los miembros inferiores y debía serle amputado el otro; según su propia versión, por el estado de salud de su madre se dedicó en esos días a inmoderado consumo de alcohol; además, personas que lo vieron en el lugar y momento de los hechos, destacan su comportamiento extraño, con expresiones que en la providencia de mayoría se dejaron consignadas.

En obedecimiento del mandato contenido en el art. 411 del C. de P. Penal, y por cuanto existían elementos de prueba que lo hacían imperativo, el funcionario instructor dispuso el examen psiquiátrico del sindicado en el cual se concluyó que para el momento de la realización de las conductas investigadas se hallaba en una situación de compromiso neurótico que lo llevó a actuación disociativa, trastorno transitorio que le impedía determinarse.

En el período probatorio de la causa el experto del Instituto de Medicina Legal ratificó el dictamen practicado en el sumario e insistió en la conclusión de que el procesadó había actuado en situación de inimputabilidad por trastorno mental transitorio.

2. El dictamen médico aparece debidamente fundamentado y tiene respaldo en la realidad probatoria, al punto de que si no hubiera sido oportunamente ordenado muy seguramente habría prosperado un pedimento de nulidad por desconocimiento

de las formas propias del juicio, en cuanto reiteradamente esta Sala ha estimado que se menoscaban dichas formas, cuando en el proceso existan fundadas razones para suponer la inimputabilidad de un procesado y no se ordena el examen médico-psiquiátrico a que alude el artículo 411 del C. de P. Penal.

De suerte que si la realidad procesal protuberantemente señalaba la situación de trastorno mental transitorio en que se hallaba el autor de las conductas punibles y, además, el fundamentado dictamen del experto ratificó su situación de inimputabilidad, lo procedente era dar aplicación al numeral 5° del art. 34 del C. de P. Penal, que señala que los jueces superiores conocen del delito de homicidio (y de los conexos con éste art. 39 *ibidem*), sin la intervención del jurado de conciencia, cuando el procesado se hallare en cualquiera de las situaciones de inimputabilidad que en la legislación precedente consagraba el art. 29 del C. Penal y ahora el artículo 31 del vigente ordenamiento penal.

Como no se procedió en la forma indicada por la ley procesal que proscribe la intervención del jurado de conciencia en los procesos que se adelantan contra inimputables, es evidente que se desconoció el esquema procesal previsto por el legislador, en cuanto se violaron formas propias del juicio, lo que representa nulidad de carácter constitucional, desde el momento mismo en que se abrió camino al juzgamiento por jueces de hecho dentro de proceso que la ley ha reservado al conocimiento del juez de derecho.

3. Es verdad que el recurrente no planteó el cargo de nulidad como motivo de casación, aun cuando tácitamente destaca que por tratarse de un sujeto con trastorno mental no ha debido juzgársele con intervención del jurado de conciencia. Quien destaca, a nuestro modo de ver con valederas razones, la existencia de nulidad de carácter constitucional es el señor Procurador Delegado en lo Penal. A pesar de que en la demanda no se haya formulado en forma expresa el cargo de nulidad, es lo cierto que la Sala Penal de la Corte ha venido decretando ex-officio, nulidades de carácter constitucional que aparezcan en forma manifiesta, desde la sentencia del 4 de diciembre de 1974, de modo que no había razón alguna para proceder de diversa manera en el presente caso.

4. En la sentencia de mayoría se afirma que el Tribunal procedió correctamente al utilizar el arbitrio que la ley le confiere para analizar y valorar la prueba de carácter pericial. Esta afirmación es por supuesto incuestionable; no obstante, lo que parece discutible es que la Corte no pueda hacer su propia valoración para llegar a conclusión diversa de aquélla a la que arribó el Tribunal, ya que aceptar esta respuesta conduciría a limitar todo estudio al cargo planteado y por esa vía a impedir que se decrete oficiosamente la nulidad ostensible, que en muchas ocasiones tiene justamente como punto de partida, apreciaciones equivocadas de la prueba.

5. Tampoco se busca confundir una apreciación probatoria errada con una nulidad procesal. Ocurre sin embargo, que una equivocada fijación de los hechos, por suposición de una prueba, por falta de apreciación o por indebida valoración de cualquier medio de convicción, puede dar lugar, por ejemplo, a una calificación errada del mérito del sumario y por ende a una nulidad. De modo que sin partir de confusión alguna, es absolutamente lógico que el desconocimiento de la prueba, en

su existencia o en su alcance, puede traer como consecuencia una informalidad procesal, que por esto no cambia de naturaleza ni debe tener efectos diferentes.

6. Se afirma, de otra parte, que de procederse como en este salvamento de voto se insinúa, se estaría casando oficiosamente con fundamento en la causal primera de casación, pues en últimas el actor está invocando una violación indirecta, solución oficiosa que está vedada, de conformidad con el art. 581 del C. de P. Penal, con mayor razón en un juicio en el que intervino el jurado de conciencia, donde ni siquiera es procedente alegar esta forma de violación. Precisamente lo que se cuestiona por los magistrados disidentes es que en este caso se haya permitido la intervención del jurado, de modo que resulta por lo menos paradójico que se vede el estudio de la realidad probatoria, porque en esta clase de juicios es camino inapropiado y a la vez se impida criticar la causa de esta situación, es decir la intervención del jurado, porque esa discusión invade el ámbito de la prueba. Adoptar una posición como ésta es poner al recurrente en imposibilidad de ejercitar adecuadamente sus derechos.

7. Para hacer un homenaje a la técnica se ha llegado a un desenlace que no se compadece con principios importantes del derecho, pues a un inimputable se le lleva a soportar penas, con desconocimiento de disposiciones basilares del derecho penal y con olvido de que los procedimientos son apenas medios para lograr la realización del derecho objetivo. Por esta razón ha debido decretarse la nulidad de la actuación, porque con la intervención del jurado se rompió el esquema previsto por el legislador para el juzgamiento de inimputables. De esa manera se habría dado cabal cumplimiento a las disposiciones de procedimiento y se habría cumplido con la finalidad que persigue el derecho penal desde que asumió el juzgamiento de quienes realizan conductas típicamente antijurídicas en condiciones de incapacidad de comprensión o de actuación.

Dejamos en esta forma consignadas las razones que nos llevaron a separarnos de la opinión mayoritaria.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

TRANSITO DE LEGISLACION SOBRE COMPETENCIA EN LA LEY 2ª DE 1984

El artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, evita los naturales traumatismos que se habrían presentado en los procesos en curso al operar el cambio de competencia y no hay, en consecuencia, contradicción con la Ley 55 del mismo año.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.*

Aprobado: Acta No. 96.

Bogotá, D. E., 15 de octubre de 1985.

VISTOS

Se procede a resolver lo pertinente sobre el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la Parte Civil, al serle negado el de casación que presentó contra la sentencia absolutoria que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso adelantado en virtud de la denuncia formulada por el doctor Germán Hernando Pachón Gómez contra el doctor Mario Ernesto Romero Forero.

Todo se originó en el hecho de que el segundo de los nombrados, quien era inquilino del primero y le adeudaba cánones de arrendamiento por valor de $127.861.00, suma que le había respaldado con cuatro cheques posfechados (Fl. 368 del Cdno. de copias), le endosó a éste, como forma de pago, aunque no en el cuerpo del instrumento sino en escrito separado, una letra de cambio aceptada a su favor por el doctor Guillermo Gaviria Terán, la cual vencía el 18 de marzo de 1981 (Fls. 8 y 24 *ibidem*).

No obstante ello, el valor de la letra le fue cancelado por Gaviria Terán A Romero Forero y no al "endosatario", Pachón Gómez (Fl. 17 *ibidem*). Por esa razón, éste denunció penalmente a Romero Forero por el delito de estafa.

El Juzgado Veintidós Penal del Circuito le dictó auto de detención sin beneficio de excarcelación, lo llamó luego a responder en juicio por tal ilícito y profirió en

contra suya sentencia condenatoria, el día 14 de diciembre de 1983, en la cual le impuso dieciséis meses de prisión, lo condenó en concreto al pago de la suma de doscientos veintitrés mil pesos ($223.000.00), en la que habían sido avaluados pericialmente los perjuicios y le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional (Fls. 96 a 99, 182 a 187, 265 y 326 a 332 *ibidem*).

El fallo fue apelado y el Tribunal lo revocó, para absolver al procesado, mediante providencia suya de 19 de diciembre de 1984 (Fls. 373 a 378 *ibidem*).

Contra esa decisión interpuso el representante de la parte civil recurso de casación, el cual le fue negado por el Tribunal mediante auto de 7 de marzo del corriente año. El presentó recurso de reposición y también se le resolvió en forma adversa. Por eso acudió de hecho ante la Corte, previa la tramitación que, para el efecto, establece la ley (Fls. 391 a 393, 396 a 398 y 402 a 404 del Cdno. de copias).

En esencia, el razonamiento del Tribunal está concebido en los siguientes términos:

Respecto de los delitos contra el patrimonio económico la Ley 55 de 1984 atribuyó la competencia a los jueces penales y promiscuos municipales cuando la cuantía no exceda de trescientos mil pesos ($300.000.00). En esas condiciones, la segunda instancia corresponde a los jueces del Circuito Penal (artículo 36 del C. de P.P.).

Como en el presente caso la cuantía no excede de esa suma, no es procedente la concesión del recurso de casación, pues el asunto ha dejado de ser de competencia en primera instancia de los jueces del Circuito y en segunda del Tribunal.

Lo anterior, por cuanto la ley versa sobre jurisdicción y competencia y es, por tanto, de aplicación inmediata, de acuerdo con lo que dispone el artículo 6° del C. de P.P. Ello, no obstante que, al proferir el fallo, aquélla no había entrado en vigencia, pero sí lo estaba ya al momento de resolver sobre el otorgamiento del recurso.

Si el asunto dejó de ser de competencia del Tribunal, falta uno de los presupuestos que establece el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal para la viabilidad del mismo, cual es el atinente a la naturaleza y origen de la sentencia impugnada.

Surtida la tramitación de rigor ante la Corte es del caso resolver si se accede o no a las pretensiones del recurrente. El la sustenta en las siguientes consideraciones:

La Ley 2ª de 1984, anterior a la Ley 55 de ese mismo año, dispuso en su artículo 63 que los procesos iniciados antes de la vigencia de la misma continuarían tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977, y esta última ley atribuyó a los jueces penales y promiscuos municipales el conocimiento de los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía excediera de tres mil pesos ($3.000.00) sin pasar de treinta mil pesos ($30.000.00), o cuando siendo inferior a tres mil pesos ($3.000.00) tuvieren señalada pena de presidio. En materia de interés para recurrir en casación lo señalaba en ciento cincuenta mil pesos ($150.000.00), artículos 3° y 7°.

No se advierte contradicción entre lo que dispone la Ley 2ª de 1984 en el citado artículo y los preceptos de la Ley 55 del mismo año, pues aquélla se refiere a los procesos iniciados antes de su vigencia y ésta comprende los demás casos.

Por eso dijo en su artículo primero, al asignarle la competencia a los jueces municipales en delitos contra el patrimonio económico, que conocerían de ellos "salvo disposición especial en contrario" cuando la cuantía no excediera de trescientos mil pesos ($300.000.00) y esa excepción es cabalmente la consagrada en el artículo 63 de la Ley 2ª de 1984.

Agrega que el Tribunal al interpretar la Ley 55 de 1984 en la forma en que lo hizo, desconoció el principio de la doble instancia, pues como el fallo de primer grado correspondió al Juzgado Veintidós del Circuito, no podría ahora un funcionario de igual categoría entrar a revisar esa instancia, sobre el supuesto de que la competencia primaria ha quedado radicada en el Juzgado Municipal.

Finalmente acude al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para sostener que, como en este caso, ya había sido proferida la sentencia de segundo grado por parte del Tribunal, no le era aplicable la nueva Ley 55 de 1984. Lo contrario dejaría con todas las ventajas al procesado y ninguna al ofendido, con lo cual se violaría el derecho de defensa y el principio de igualdad entre las partes.

SE CONSIDERA

El artículo 58 de la Ley 2ª de 1984 dispuso en materia de delitos contra el patrimonio económico que los jueces penales y promiscuos municipales conocerían de ellos cuando la cuantía excediera de treinta mil pesos ($30.000.00), sin pasar de trescientos mil pesos ($300.000.00). Obviamente a los de Circuito les correspondía el conocimiento cuando ese monto fuera superado.

La norma anterior sobre la materia fue la Ley 22 de 1977, la cual fijaba así la competencia en su artículo 7º: Para el juez municipal, cuando la cuantía pasara de tres mil pesos ($3.000.00), sin exceder de treinta mil, o cuando siendo inferior a tres mil pesos ($3.000.00) el delito tuviera señalada pena de presidio. Al de Circuito, en virtud de la cláusula general de competencia, le correspondía su conocimiento cuando la cuantía sobrepasara los treinta mil pesos ($30.000.00).

La misma Ley 2ª de 1984 preceptuó en su artículo 63 que los procesos iniciados antes de su vigencia continuarían tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977. La 21 se refiere a la jurisdicción aduanera, aclara la Sala.

Al ser declarada por la Corte la inexequibilidad de las normas que atribuían a las autoridades de Policía competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, fue expedida por el Congreso la Ley 55 de 28 de diciembre de 1984, la cual entró en vigencia el dieciséis de enero de 1985, después de haber sido promulgada en el Diario Oficial número 36831 correspondiente a la edición del día quince de los mismos mes y año.

Esta ley varió necesariamente la competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, pues al no poderla atribuir a la Policía en ninguna cuantía, era imprescindible redistribuirla de manera conveniente entre los jueces penales municipales y los del Circuito.

En su artículo primero, numeral 2º dispuso la ley que los jueces penales municipales y promiscuos municipales conocen "de los delitos contra el patrimonio

económico salvo disposición especial en contrario, cuando la cuantía no exceda de trescientos mil pesos ($300.000.00)" subrayas fuera del texto.

En su artículo séptimo se dijo: "La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

En el asunto que motiva el recurso de hecho, la sentancia de primera instancia fue dictada el 14 de diciembre de 1983 y la de segunda se profirió por el Tribunal el 19 de diciembre de 1984 (Fls. 326 a 333 y 373 a 378), esto es, en fechas anteriores a aquella en que entró en vigencia la Ley 55 de 28 de diciembre de 1984.

Es más, se adelantó el proceso de su notificación, pues al folio 379 del cuaderno de copias aparece que al fiscal se le notificó el 16 de enero de 1985 y al folio 387 hay constancia de la fijación del edicto el 24 de enero de 1985 y de su desfijación el día 29 de los mismos mes y año.

De tal forma que se produjo su notificación, pues al tenor de lo que dispone el artículo 323, inciso final del C. de P.C., ésta se entiende surtida "al vencimiento del término del edicto".

Le asiste razón al recurrente al predicar la viabilidad del recurso de casación en este caso, pues la investigación se inició antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984 (9 de marzo de 1982, Fl. 28 del cuaderno de copias), habiendo quedado, por tanto, comprendida en lo dispuesto por el artículo 63 de la misma, por medio del cual el legislador reguló el tránsito de legislación en materia de la competencia de los jueces penales en tratándose de los delitos contra el patrimonio económico.

La Ley 55 de 1984 nada dijo en concreto sobre ese tema, precisamente porque ya había quedado resuelto por la Ley 2ª de ese año.

Pero ha de entenderse que la salvedad que hace en su artículo primero, numeral segundo, apunta a lo dispuesto, en el artículo 63, por la Ley 2ª citada.

No se advierte, por tanto, contradicción entre las dos leyes, sino que ellas se complementan armónicamente en ese punto.

No se remite a dudas la evidente intención del legislador, plasmada en el artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, de evitar los naturales traumatismos que, de no haberse tomado esta previsión, se habrían presentado en relación con los procesos en curso que quedaban afectados con el cambio de competencia y, por ende, de funcionario.

Dado el estrecho margen de tiempo transcurrido entre la expedición de las citadas Leyes 2ª y 55, no era de esperarse que esa situación hubiese quedado completamente subsanada.

De allí que, no obstante no aparecer en forma expresa, pueda colegirse la voluntad del legislador de mantener también dentro del marco de la Ley 55 el correctivo consagrado en el artículo 63 de la Ley 2ª.

Además, en el caso presente, ya había concluido toda la actuación judicial de fondo en las instancias. Existe sentencia de primer grado y también de segundo, proferidas por el Juzgado Veintidós del Circuito de Bogotá y por el Tribunal de este Distrito Judicial con plena competencia de ambos.

Luego, era imperativo conceder el recurso, pues se dan los requisitos que, para ello, establece el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

Además, *el actor tiene titularidad para intentar la impugnación (art. 570 del C. de P.P. y folios 36 y 38 del cuaderno de copias) y se trata de sentencia absolutoria, en cuyo caso no tiene que acreditar su interés en determinado monto, pues su pretensión se orienta a remover el fallo favorable para tratar de obtener uno de condena, sin el cual no tiene base legal para perseguir el reconocimiento y pago de los perjuicios, pues no podría hacerlo ni ante la justicia civil, ya que la absolución, en las condiciones en que se produjo enmarca dentro de las hipótesis contempladas en el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal.*

El artículo 572 ibídem *(Ley 2ª de 1984, art. 53) dispone:*

"Cuantía para recurrir. Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de quinientos mil pesos" (subrayas fuera de texto).

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

RESUELVE

DECLARAR que es procedente el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 19 de diciembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso que, por el delito de estafa, se adelanta contra Mario Ernesto Romero Forero.

Comuníquese esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y solicítese el expediente respectivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José H. Velásquez Ramos
Secretario.

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO

La mayoría de la Sala entiende, según tradicional criterio, que cuando se trata de sentencia absolutoria hay que suponer que los eventuales perjuicios, propios a una revocatoria del fallo mediante impugnación del Ministerio Público o de la parte civil, tienen que sobrepasar los quinientos mil pesos que prevé la Ley 2ª de 1984, art. 53. En cambio, cuando se trata de fallo condenatorio, que no establece en forma concreta la cuantía de los perjuicios ocasionados, es necesario recurrir a lo dispuesto en el art. 370 del C. de P. Civil.

Lo que no encuentro admisible, y de ahí esta aclaración relacionada con el único punto del cual me aparto, es que exista tan desarmónico criterio, pues una y

otra eventualidad son ajenas a una fijación de perjuicios y una y otra puedan, con la peritación resultar por debajo del mínimo pertinente, caso en el cual tendría que declararse la improcedencia de la impugnación extraordinaria.

La tesis que sustento identifica la solución para casos que exigen una misma definición, por exhibir fundamentos comunes. Lo contrario auspicia contrasentidos, como sería la hipótesis de un fallo absolutorio, recurrido en casación y que no se acompaña de la pericia sobre perjuicios, que prima facio muestra el rubro de la posible indemnización, como insignificante o con reducidísima entidad. Además, el tratamiento dispensado es más benévolo para el fallo absolutorio, estimado siempre en cuantía de quinientos mil pesos, por lo menos, que para la sentencia condenatoria, el cual debe someterse a dictamen previo, no obstante traducir este último un compromiso penal de mayor significación y mérito.

Por fuera de un fallo condenatorio, con expresión concreta de perjuicios, no interesa tanto la naturaleza de la sentencia, que puede ser absolutoria o de condena, sino la ausencia de tasación de perjuicios, cuantía que es necesario establecer, así sea aproximadamente, mediante la peritación respectiva, para evitar que impugnaciones relacionadas con el tema de las indemnizaciones resulten viables no obstante que tal consecuencia esté por debajo del comentado límite económico reconocido por la ley.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

EXTRADICION

Requisitos según el tratado con Estados Unidos

Son requisitos para conceder la extradición, la identidad del solicitado, la doble incriminación, la ausencia de condena en cualquiera de los dos países, que la pena mínima señalada sea superior a dos años, que no se trate de delitos políticos o militares y que la acción no se encuentre prescrita. Sostuvo esta tesis en concepto de 12 de junio de 1985.

La identidad del pedido en extradición no es objeto de controversia y está debidamente acreditada, máxime cuando esta solicitud está antecedida de otra sobre la misma persona y que la Sala despachó con concepto favorable el 12 de junio de 1985.

También se advierte la satisfacción del requisito de la doble incriminación, ya que las conductas de N.N. encuadran en los delitos de conspiración y violación de normas relacionadas con tráfico de cocaína (en Estados Unidos de América) y concierto para delinquir y violación del estatuto nacional de estupefacientes –Decreto número 1188 de 1974– (en Colombia). Además, no ha existido en ninguno de los dos países condena por estas actividades y, en el primero de ellos, que no en el segundo, está en vía de juzgamiento definitivo, y la acción no se encuentra prescrita. Tampoco se trata de delitos militares o políticos, o conexos con éstos, y la sanción supera el mínimo de un año de privación de libertad, considerado a este efecto por el Tratado que se invoca y en el cual figuran las conductas mencionadas como propias de este trámite.

Corte Suprema de Justicia. Concepto. Extradición. Octubre 17 de 1985.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

CULPABILIDAD

Exclusión

La defensa putativa o defensa subjetiva constituye exclusión de la culpabilidad y no causal de justificación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta No. 99.

Bogotá, 24 de octubre de 1985.

VISTOS

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Orlando Penna a doce años de prisión por homicidio consumado en José Ignacio Titimbo y tentado en Eduardo Chantre, interpuso el recurso extraordinario de casación el procesado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la tarde del 3 de noviembre de 1983 José Ignacio Titimbo y Eduardo Chantre trabajaban en la finca del padre del primero, ubicada en la vereda "Dos Aguas", Inspección de Policía de San Vicente, jurisdicción municipal de La Plata (Huila). Les hacían compañía Hermencia Chantre, compañera de Eduardo, y un hijo de éstos de cuatro o cinco años. A un determinado momento llegó Orlando Penna quien luego de conversar con Titimbo y Chantre, sorpresivamente extrajo un arma de fuego y la disparó al primero, ocasionándole lesiones que le determinaron la muerte de manera inmediata. De igual forma procedió con Chantre pero por fortuna el arma se trabó, aprovechando Chantre para enfrentar la agresión con una peinilla, obligando así a Penna a huir del lugar.

Penna se presentó voluntariamente a rendir indagatoria, acompañado de abogado, el día 17 del mes citado.

La investigación la adelantó el Juzgado 23 de Instrucción Criminal radicado en La Plata, despacho que dictó auto de detención a Orlando Penna por el homicidio en Ignacio Titimbo.

El Juzgado 1° Superior de Garzón clausuró la etapa instructiva en enero de 1984 (Fl. 138) y recibidos los alegatos de las partes, calificó la investigación en proveído del 20 de febrero siguiente (Fls. 184 y ss.). El juzgador de primer grado comprometió en juicio con intervención del jurado de conciencia a Orlando Penna por homicidio consumado en José Ignacio Titimbo y tentado en Eduardo Chantre.

En la etapa de la causa el acusado Penna nombró defensor al profesional del derecho que ahora lo representa en el recurso de casación, y quien también lo asistió en la audiencia.

En el debate público ante el jurado, la fiscal del Juzgado 1° Superior de Garzón explicó el desarrollo de los hechos, descartó la "legítima defensa subjetiva" invocada por el acusado y culminó su intervención solicitando una respuesta afirmativa al cuestionario propuesto (Fls. 247 a 250). De su parte, el señor defensor del procesado Penna se apoyó en la versión suministrada por éste y según la cual disparó a Titimbo cuando se agachó con el propósito de tomar la peinilla y atacarlo. Agregó el apoderado que Titimbo perteneció a la guerrilla y aunque no se obtuvieron constancias al respecto de los Juzgados Superiores de Popayán ni de la Brigada del Departamento del Cauca, los padres de la víctima se habían referido a esas actividades de su hijo. En la parte que interesa, el señor defensor, se lee en el acta de audiencia, explicó al jurado la denominada "legítima defensa subjetiva" y pidió al tribunal de conciencia contestar el cuestionario en el sentido de que Orlando Penna no es responsable por ese motivo, "...lo que está respaldado por que sí existió el arma y porque Orlando Penna tenía el convencimiento de la peligrosidad de José Ignacio Titimbo..." (Fl. 253). El abogado se refirió también a "la insuperable coacción ajena" pues, según él, unos oficiales del Ejército habían comprometido a Penna en un grupo de autodefensa. La conducta del acusado, dijo, tuvo origen en el comportamiento de esos oficiales que propiciaron actos ilícitos como el cometido en la persona de Titimbo.

En cuanto al segundo delito que se atribuyó al acusado, el homicidio tentado en Eduardo Chantre, el defensor explicó al jurado que no existía responsabilidad penal porque este acto hacía parte de la "reacción" de Penna frente al comportamiento que él esperaba de Titimbo. Al final del acta aparece que el defensor del acusado, al terminar su intervención, propuso al jurado estas dos respuestas: "No es responsable por haber actuado en legítima defensa" y "No es responsable por haber actuado por insuperable coacción ajena del Teniente Pérez y del Capitán Rincón".

Los jurados contestaron los dos cuestionarios de esta manera: "Sí es responsable pero actuó en forma subjetiva" (Fls. 256 y 257).

El Juez Primero Superior de Garzón aceptó el veredicto y condenó al procesado a la pena principal de 15 años de prisión por los delitos de que se ha dado cuenta (Fls. 259 y ss.).

El señor defensor del acusado apeló ante el Tribunal Superior de Neiva y sostuvo el recurso con el escrito que obra a folios 269 y ss. del informativo. En opinión del profesional del derecho, la sentencia de primer grado no se dictó de acuerdo con la

respuesta del jurado, pues la expresión "...pero actuó en forma subjetiva", estaba indicando que los jueces de conciencia habían reconocido "la causal de justificación" por él invocada en la audiencia.

El Fiscal 2° del Tribunal Superior de Neiva solicitó revocar la sentencia condenatoria pues, en su opinión, el jurado sí reconoció "la circunstancia de justificación" que se ha mencionado, utilizando expresiones del lenguaje común y no el tecnicismo jurídico de la doctrina penal.

El juzgador de segundo grado se ocupó extensamente de la prueba allegada al proceso y en particular de las declaraciones de quienes se encontraban en el lugar de los acontecimientos, Eduardo y Hermencia Chantre. Así, en parte destacada de la providencia, la Corporación se expresa de esta manera en relación con los argumentos de la defensa en su escrito de apelación:

"El acervo probatorio que obra dentro del proceso demuestra con evidencia la autoría del justiciable del homicidio consumado en la persona de Titimbo Chantre y la tentativa en Eduardo Chantre, y a pesar de los esfuerzos de la defensa para tratar de demostrar la causal de inculpabilidad por haber obrado dentro de la causal de justificación del hecho, teniendo en cuenta que los testimonios de cargos de las personas que presenciaron el hecho desvirtúan en forma clara y precisa hasta la más remota posibilidad que la víctima hubiera pretendido el más mínimo amago de agredir a su victimario, y porque en tratándose del reconocimiento de la causal de justificación por legítima defensa ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia que esa modalidad debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió, como en el caso *subjudice*, pues la realidad procesal demuestra con claridad que el occiso en ningún momento trató de tomar arma alguna para agredir a su victimario teniendo en cuenta que el disparo mortal lo recibió cuando se ocupaba con su primo a colocar la troza para el entable, y el móvil para la comisión del hecho criminoso no fue otro que los antecedentes de Titimbo Chantre de quien se decía había pertenecido a los grupos subversivos, se había disgustado por la información del grupo auto-defensa, y lo había hecho víctima de un delito contra su patrimonio económico que lo había obligado a callar, situaciones que obran huérfanas de respaldo probatorio dentro del sumario y aún más la reconstrucción de los hechos desvirtúa el dicho de la injurada del encartado sobre la posición de la víctima al recibir el disparo mortal, y en lo relacionado con la actitud frente al sobreviviente Chantre tampoco se puede aceptar la legítima defensa teniendo en cuenta que Chantre se limitó a formularle el reclamo por la forma aleve de su actuación procediendo de inmediato a martillar el arma con resultados negativos, y ante el curso de los hechos el ofendido Chantre hubo de reaccionar él sí en legítima defensa armado de un cuchillo, oportunidad que una vez más fue aprovechada por Penna, para martillar nuevamente el arma frustrándose sus propósitos y huir del sitio de los acontecimientos hasta donde su amigo partijero, donde en principio se mostró nervioso y renuente a relatar lo sucedido. Además debe considerarse que el procesado al adquirir el arma lo hizo con pleno convencimiento que la utilizaría contra la víctima, como lo afirma en su injurada por temor a ser agredido" (Fls. 22 y 24 del cuaderno de la segunda instancia).

El Tribunal aceptó en su integridad el veredicto y confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia pero rebajó la pena a doce años de prisión.

La demanda de casación

El señor defensor del procesado Orlando Penna, quien lo biene asistiendo desde la causa, como ya se apuntó, impugna el fallo condenatorio de segunda instancia al amparo de la causal segunda de casación, por desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

En el capítulo del libelo correspondiente a la demostración del cargo, el señor apoderado acomete el estudio de tres temas: el aspecto gramatical de la respuesta del jurado, la realidad probatoria y los debates en la audiencia pública.

En cuanto al primero, sostiene que el veredicto presenta dos proposiciones y entre ellas la conjunción adversativa "pero", que tiene como función oponer un concepto a otro.

En cuanto al segundo tema, el actor menciona los testimonios de Hermencia Chantre, Dionisio Titimbo, María Chantre de Perdomo, Edgar Cuchumbre, José Agustín Prada y Roberto Ospina, sin ocuparse del contenido de sus versiones y menos entrar al análisis de dichas declaraciones. Y en cuanto al último aspecto, sostiene que en la audiencia pública "la legítima defensa subjetiva" fue la cuestión principal del debate, pues la representante del Ministerio Público aseguró que no existía prueba al respecto, y él la invocó, reconociéndola el Tribunal de conciencia con la fórmula "...pero actuó en forma subjetiva". Agrega que la primera parte del veredicto apenas reconoce "la materialidad del hecho" y lo trascendente está en la segunda parte de la respuesta del jurado. Que de esta manera se proclamó una "causal de justificación" y que al desconocer el Tribunal Superior de Neiva esta situación, su sentencia se dictó en desacuerdo con la voluntad del jurado.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador 3° Delegado en lo Penal solicita a la Sala desechar el recurso de casación propuesto a nombre del condenado Orlando Penna.

El distinguido representante del Ministerio Público observa, ante todo, que el veredicto debe examinarse en sus términos y en relación con el debate en la audiencia, y confrontarse con los antecedentes procesales. En cuanto al primer aspecto, observa, las palabras utilizadas en la respuesta resultan insuficientes para el reconocimiento de la figura jurídica a que se alude en la demanda, pues la frase "pero actuó en forma subjetiva" no corresponde al concepto de la legítima defensa subjetiva. No está claro entonces que el jurado hubiese tenido la intención de descartar en esa forma la responsabilidad penal del acusado Penna. Agrega que las circunstancias de exculpación o de justificación deben reconocerse con palabras claras y suficientes, que no admitan duda.

En cuanto al debate público, el señor Procurador Delegado en lo Penal resalta que, en verdad, las partes se ocuparon de ese tema y que tanto el Ministerio Público como la defensa ilustraron suficientemente al jurado sobre la figura jurídica en examen, y concluye de esta manera: Si a pesar de esa información el jurado no la

admitió en los términos propuestos, forzoso es concluir que no fue reconocida. Tampoco se solicitó aclaración, con lo que se corrobora lo expuesto.

El representante del Ministerio Público se refiere brevemente a las declaraciones testimoniales y al concepto emitido por los peritos en la diligencia de reconstrucción de los hechos. Los primeros, que presenciaron el desarrollo de los acontecimientos, niegan la versión del acusado. Otros declarantes admiten el comportamiento irregular de la víctima pero no se estima suficiente para demeritar las versiones de los testigos presenciales. En los mismos términos se refiere a las respuestas de los peritos en relación con preguntas que les formularon en la diligencia de inspección judicial.

Por último, el señor representante del Ministerio Público cita la sentencia de esta Sala del 22 de junio de 1983 que señaló derroteros en cuanto atañe a la Causal Segunda de Casación. Conforme a ese fallo, se recomienda examinar con todo cuidado el veredicto para no traicionar la voluntad de los jurados y atender la respuesta en sus verdaderos términos, esto es, que sean relevantes desde el punto de vista jurídico-penal y no intrascendentes o ajenas a la competencia del *jure*.

En definitiva, el señor Procurador Delegado en lo Penal solicita a la Sala desechar el recurso impetrado.

Consideraciones de la Sala

Como lo recuerda el señor Procurador Delegado en su concepto, la Sala en el fallo que él menciona de 22 de junio de 1983 en la casación de Jesús Antonio Torres y en el del 31 de mayo del mismo año en la casación de Hugo de J. Acevedo, señaló algunas pautas para la interpretación del veredicto emitido por el jurado. En este último y en relación con respuestas que puedan suscitar dudas, dijo la Corporación:

"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".

Sujetándose a estas orientaciones, se tiene lo siguiente:

1. Las diligencias de levantamiento del cadáver y la autopsia, enseñan que José Ignacio Titimbo Chantre, contaba 46 años para noviembre de 1983. El proyectil disparado por el acusado Penna "...de arriba hacia abajo..." le penetró "...en la parte infra-escapular...", a la altura de la octava costilla derecha, causándole gravísimos destrozos, que le ocasionaron la muerte en breve lapso. El médico legista agregó: "...el disparo fue hecho a corta distancia" (Fls. 3 y 8).

2. Orlando Penna se presentó voluntariamente ante la autoridad catorce días después de los hechos, acompañado del abogado Ramiro Mosquera Rivera, a quien nombró apoderado. El acusado dijo tener 19 años de edad y trabajar "como partijero" en un predio del señor Gerardo Cotacio. Explicó que conoció a Ignacio Titimbo año y medio antes de la indagatoria; que como éste se enteró que él –Penna– y otras personas pertenecían a un grupo de "auto-defensa" para denunciar a la autoridad la pérdida de semovientes, Titimbo se disgustó. Agregó que un día, sin precisar la fecha, vendió en La Plata unos bultos de lulo y recibió veintinueve mil quinientos pesos. Cuando regresaba a su casa, fue interceptado en el camino por Titimbo y otro individuo que lo despojaron del dinero. Intentó denunciar a la autoridad ese hecho, pero el señor Arnoldo Medina le aconsejó no hacerlo porque Titimbo se podía vengar, "...porque ese tipo era muy peligroso, que inclusive tenía muchos pertenentes malos (sic) y que había pertenecido a la guerrilla...". Dijo que el 3 de noviembre de 1983 visitó al señor Isidoro Castiblanco quien ofrecía en venta a él y a su hermano una finca. Como no lo encontró, regresó y en el camino vio de repente a Titimbo, acompañado de un individuo llamado "Eduardo". Conversaron y Titimbo le comentó que el sábado inmediatamente anterior había consumido licores hasta embriagarse. El acusado dijo textualmente lo siguiente: "...yo veí que cerca de él había un machete entonces me estaba conversando él a mí ahí estamos aproximadamente de una lejura de uno con cincuenta cuando vi que él se agachó a coger el machete, yo pensé en ese momento que el hombre iba a cumplir la promesa que me había amenazado entonces yo asustado cuando vi que él iba a alzar el machete pensé que era que el hombre se me iba a venir encima a mí, entonces yo del mismo susto llegué y saqué la pistola y le hice un tiro, cuando yo lo veí que él cayó al suelo entonces yo arranqué a correr...". Agregó que el compañero de Titimbo alzó el machete e intentó agredirlo, accionó el arma pero no funcionó y decidió correr, internándose en la montaña. En la carrera, afirmó, perdió el arma, la ruana y una peinilla que portaba.

3. La víctima, señor José Ignacio Titimbo, se encontraba trabajando en compañía de Eduardo Chantre y este último estaba con su compañera Hermencia Chantre. Los testigos relataron que Penna y Titimbo conversaban y se referían al encuentro que los dos habían tenido días antes, consumiendo aguardiente. Agregaron que cuando estaban para colocar "...la troza para el entable" y Titimbo le dio la espalda a Penna, éste le disparó. Como Eduardo Chantre le reclamó, el acusado lo encañonó pero el arma no le funcionó. Chantre esgrimió la peinilla, lo persiguió y como no lo alcanzó, se regresó a prestar auxilio al herido.

4. En las confrontaciones entre el acusado y los testigos presenciales Eduardo y Hermencia Chantre, cada uno mantuvo sus versiones (Fls. 109 y 113 vto. y ss.).

5. En la investigación declararon los padres de José Ignacio Titimbo, Dionisio Titimbo de 77 años de edad y Rosa María Chantre de 65 años. Al preguntárseles si su hijo había sido detenido en alguna ocasión, contestaron de esta manera: el padre, que José Ignacio estuvo privado de la libertad en Popayán por haber participado en la guerrilla por "...unos tres años una cosa así...", precisando que ello tuvo ocurrencia en 1965, regresando a la casa para continuar su vida normal; la madre, manifestó que José Ignacio estuvo detenido dos días en La Plata y luego en Popayán, porque unas personas que dijeron ser policías se lo llevaron de la casa, pero él les explicó después

que eran guerrilleros. Aclaró que esto ocurrió cuando su hijo contaba 22 años de edad.

6. Algunos de los declarantes en este proceso se refirieron a la información que recibieron para organizar un grupo de "auto-defensa" con el propósito de colaborar con la autoridad a fin de evitar la sustracción de semovientes en la región.

7. En la diligencia de audiencia pública la representante del Ministerio Público se refirió a los elementos de convicción que brevemente se acaban de reseñar y explicó ampliamente al jurado el desarrollo de los acontecimientos. Así, otorgó plena credibilidad a los testigos presenciales a pesar de ser parientes del occiso Titimbo, primos. Destacó que en el informativo no aparecía constancia alguna en cuanto al comportamiento que el acusado atribuía a Titimbo, esto es, de ser un individuo peligroso y con antecedentes delictivos. Enfatizó, igualmente, que el acusado Penna buscó a la víctima pues se armó de pistola y so pretexto de dirigirse a ver una finca que vendían, de lo cual no hay prueba en el expediente, atacó a Titimbo seguramente en venganza del atraco de que dijo fue víctima semanas antes. La representante del Ministerio Público descartó la "legítima defensa subjetiva", que ya había invocado el apoderado del acusado con motivo de la calificación del mérito del sumario.

De su parte, el defensor de Penna otorgó plena credibilidad a lo expuesto por éste en su indagatoria. Insistió ante el jurado en que se trataba de un caso de "legítima defensa subjetiva" y comentó esta figura jurídica, encontrando base probatoria pues, recordó, el acusado dijo que Titimbo se había inclinado para recoger la peinilla. Agregó que su poderdante estaba convencido de la peligrosidad de Titimbo, quien, según versión de sus familiares, hizo parte de la guerrilla. El señor apoderado también dio cuenta al jurado de la participación de Penna en los grupos de "auto-defensa" organizados por las autoridades. En su opinión, el acusado fue coaccionado para que "...ejerciera justicia sobre José Ignacio Titimbo, por haber sido éste guerrillero y que es de temer más al acto moral que al acto violento" (Fl. 254). El defensor, en definitiva, pidió al jurado contestar los cuestionarios así: El procesado obró en "legítima defensa" o "no es responsable por haber actuado por insuperable coacción ajena del Teniente Pérez y del Capitán Rincón".

Como lo destacó la representante del Ministerio Público ante esta Sala, ninguna de las partes pidió aclaración del veredicto una vez se conoció.

8. *La Sala aclara, ante todo, que la demanda incurre en el error de reclamar "la causal de justificación" de la "legítima defensa subjetiva", apoyándose en la respuesta del jurado.*

Tal planteamiento desde el punto de vista jurídico es equivocado. Es suficiente precisar que la llamada "defensa putativa" o "defensa subjetiva" no constituye motivo de "justificación del hecho" sino de exclusión de la culpabilidad. El nuevo Código Penal, vigente para la época de los hechos aquí investigados, contempla entre las causales de inculpabilidad en el artículo 40, ésta: "3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación". Se trata del mencionado error sobre la antijuridicidad.

Hecha esta aclaración de carácter doctrinal, *la cuestión jurídica se desplaza al campo de la culpabilidad.* Es preciso, para los fines de la causal invocada, referirse al

debate en la audiencia pública que tuvo como apoyo, como es obvio, el acervo probatorio al que se ha hecho referencia en este fallo.

El jurado recibió completa información sobre las figuras de la "legítima defensa subjetiva" y la "insuperable coacción ajena". Esta última quedó completamente descartada pues el *jure* no se refirió a ella ni a ninguno de sus elementos. Se sostiene por el actor, entonces, que los jueces de hecho reconocieron la primera figura de la cual solo faltó la palabra "legítima". En la actual legislación no existe tal expresión, usada en los estrados judiciales. A ella, "legítima defensa", se refiere en situación excepcional el inciso segundo del numeral 4° del artículo 29 del estatuto sustantivo con claros presupuestos que en él se indican.

La Sala considera que el veredicto no hizo tal reconocimiento. Es claro que no exige al jurado pronunciarse en los términos "sacramentales" de la legislación vigente, por motivos bien conocidos, pero, es lo cierto, en este caso los jueces de hecho recibieron de las partes completa ilustración sobre esa figura jurídica. Tanto la representante del Ministerio Público como el defensor se refirieron a la legítima defensa objetiva y a la denominada legítima defensa subjetiva o putativa. Y los jurados, se repite, tuvieron oportunidad de enterarse del auto de proceder, pieza ésta en la que también se debatió esa cuestión jurídica (Fls. 184 y ss.).

El veredicto con la fórmula "sí es responsable", dio por reproducidos los cuestionarios en los que se preguntaba si el acusado era responsable de haber causado la muerte con la intención de matar a José Ignacio Titimbo y a Eduardo Chantre. En la segunda parte de la respuesta, iniciada con la expresión "pero", dijo: "actuó en forma subjetiva".

La Sala encuentra que la respuesta comienza con la expresión "sí es responsable", descartando, por tanto, las sugerencias de la defensa que se iniciaban con la fórmula "no es responsable". La última expresión resulta insuficiente para admitir el motivo de exclusión de la culpabilidad a que alude la demanda de casacion. Ya el Ministerio Público ante la Sala llamó la atención sobre el hecho de que el tema en estudio fue la cuestión principal de la audiencia. A ella se refirieron extensamente las partes: la representante del Ministerio Público para descartarla y la defensa para que el jurado la reconociera en su respuesta. El actor, a pesar de los esfuerzos al respecto y de su invocación a otra figura jurídica, la coacción, no lo logró. La expresión "en forma subjetiva" no permite a la Sala admitir el motivo de exclusión de la culpabilidad que se viene estudiando. Ya se ha dicho por la jurisprudencia de esta Sala que, a más de recurrir al debate suscitado en la audiencia, se debe atender a los antecedentes procesales pues el veredicto no es un acto aislado, autónomo, ajeno a las demás actuaciones. Los miembros del jurado tienen la oportunidad de leer el auto de proceder porque se les entrega al ser notificados de su designación, oyen su lectura al iniciarse la audiencia y, se repite, escuchan a las partes en sus intervenciones. Por eso es forzoso recurrir al examen de los elementos de convicción cuando se invoca uno de los motivos de la causal segunda de casación. La exposición que de la prueba se ha hecho en páginas anteriores, lleva a la Sala a la conclusión de excluir el motivo de inculpabilidad reclamado por la defensa en la demanda de casación. La versión suministrada por el acusado Penna no encuentra respaldo probatorio, por no aparecer en el proceso constancias de antecedentes delictivos de la víctima José Ignacio

Titimbo. Si voluntariamente o por coacción -según versión de sus padres- participó en la guerrilla, ello ocurrió veinte años antes, cuando contaba 22 años de edad –dijo la madre–. Y si, de otra parte, se otorga veracidad al acusado en cuanto al despojo de que fue víctima por parte de Titimbo semanas antes, tal acontecimiento descarta por completo la licitud de su comportamiento pues habría actuado por venganza. El señor defensor del acusado no tocó este motivo en la audiencia por razones obvias. El Ministerio Público sí lo hizo para exponer que bien podría tratarse de un acto de retaliación de parte del acusado Orlando Penna.

En definitiva, la sola expresión "pero actuó en forma subjetiva" no autoriza a admitir el motivo de exclusión de la culpabilidad contemplado en el numeral 3 del artículo 40 del Código Penal, que exige precisos elementos y completa demostración en cuanto a la convicción del agente sobre la situación de hecho que lo determinó a obrar. Y además, el demandante pretende que la Sala estime que la expresión "sí es responsable..." sólo se refiere a la "materialidad" de los ilícitos y no a la respuesta que el jurado dio al cuestionario. Es decir, se aspira a que la Corporación sustituya al *jure* en interpretación que favorezca al recurrente en casación, contrariando el sentido obvio de las palabras y el significado jurídico de las expresiones utilizadas en el veredicto.

En conclusión, no prospera el motivo de acusación invocado al amparo de la causal segunda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en acuerdo con el Ministerio Público, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Orlando Penna por homicidio.

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

Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Pórras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

1. COPARTICIPACION

Tres son las formas de coparticipación: autor material, determinador y cómplice.

2. ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES
Participación

Basta la realización de un solo verbo rector de los once que, como conductas alternativas, señalaba el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, para que se predique la infracción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta No. 100.

Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1985.

VISTOS

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito por sentencia del 8 de marzo de 1984, condenó a María Luisa Febres Torres y otra a la pena de 45 meses de prisión y multa de $5.000.00 moneda corriente como responsable de infringir el Decreto número 1188 de 1974.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al conocer por consulta la resolución anterior, mediante fallo del 13 de julio de 1984, la confirmó con alguna adiciones.

Esta última decisión fue impugnada en casación por la procesada María Luisa Febres Torres y, sustentado el recurso en debida forma.

HECHOS

Quedaron resumidos en las instancias de la siguiente manera:

"...Dan cuenta las presentes diligencias que el día sábado doce (12) de febrero de 1983 a eso de las 19:30 horas, se presentaron al Aeropuerto Eldorado las mujeres Aída de Jesús o Aída de Jesús Suárez y María Luisa Febres Torres, oriundas ambas de San Juan de Puerto Rico, con el fin de utilizar el vuelo No. 936 de la empresa aérea 'Iberia" que de Bogotá conducía a San Juan. Las mencionadas mujeres penetraron a la respectiva sala de salida del muelle internacional, donde tuvieron que someterse a la requisa ordinaria que se efectúa a los pasajeros que utilizan los vuelos internacionales y, en efecto, al cumplir la labor de requisa por parte de efectivos de la Policía Nacional, hallaron a Aída de Jesús, oculta en una faja provista de bolsillos que había ajustado a su cuerpo, bolsas de polietileno que contenían una sustancia polverulenta que pesó 1.032 gramos y a la mujer María Luisa Febres Torres le hallaron igualmente adheridos a su cuerpo, bolsas que contenían la misma sustancia con un peso de 670 gramos. Ocurrido lo anterior, funcionarios de la Policía Judicial en el Aeropuerto, practicaron la prueba de *campo narcotex*, estableciendo que la sustancia incautada a las dos mujeres era cocaína y por otra parte, el Instituto de Medicina Legal después de haber recibido las muestras de la misma sustancia, dictaminó que evidentemente se trataba de cocaína clorhidrato al ciento por ciento de concentración...".

La demanda

Dos cargos propone el libelo al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, así:

Cargo primero.

Violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1°, 6°, 21, 24, 61 y 67 del Código Penal.

Para demostrarlo expresa:

"...En las operaciones de narcotráfico opera un esquema jerárquico organizacional, en virtud del cual, las cabezas máximas de la organización evaden cualquier responsabilidad utilizando al efecto mandos medios que se encargan a su vez de las operaciones de adquisición, transporte, distribución y venta del producto. Pero como quiera que estos mandos medios tampoco pueden 'correr los riesgos inherentes del negocio', se hace necesario contratar terceros que movidos por situaciones económicas desesperadas, acceden a servir de agentes transportadores, con el riesgo de ser descubiertos por las autoridades de policía. Estos terceros denominados en el argot policivo 'mulas', ni han adquirido la droga, ni los tiquetes de transporte aéreo para el traslado de la 'mercancía', puesto que sus condiciones económicas no lo permitirían.

Ellos simplemente, contribuyen en el transporte de la droga, muchas veces, como en el caso actual ocultas en el cuerpo.

No es realmente 'la mula' quien recorre el tipo penal consagrado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, esa persona, contratada al efecto por otro, contribuye en la ejecución del hecho y por tal virtud, debe dársele el tratamiento de cómplice y no de autora...".

Luego agrega:

"...En el caso que es materia de este recurso, el honorable Tribunal entendió que Aída de Jesús Suárez y María Luisa Febres Torres, eran responsables de infringir el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, a título de autoras, con lo cual, dejó de aplicar las normas sobre complicidad, ya transcritas, incurriendo en violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1°, 6°, 21, 24, 61, 67 del C. P., circunstancia ésta que incide en el fallo ya que no se observó la disminución punitiva que consagran los artículos 24, 61 y 67 del C. P...".

Cargo segundo.

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal.

Sustenta el reproche de la siguiente forma:

"...fueron instrumentos en la comisión de hecho delictuoso, con tal calidad, no puede el sentenciador darles tratamiento de autoras de conformidad con el artículo 23 del C.P., norma que en consecuencia se aplicó indebidamente ya que no era la que regulaba la situación jurídica que se estudiaba, ocasionando en consecuencia, violación indirecta de la ley sustancial.

Las condenadas no realizaron como propio el hecho punible sino que, actuaron como instrumentos, y por tal virtud, no recorrieron ni directa ni indirectamente el tipo penal descrito en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

La providencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se limitó a enunciar que las implicadas eran responsables a título de autoras de la infracción descrita, omitiendo analizar el aspecto de la complicidad estudiado en el cargo primero de esta censura.

Como quiera que a la situación de hecho, en el proceso de selección de la norma aplicable, se le aplicó una que no la regulaba, incurrió el Tribunal en violación directa de la ley sustancial, que de no haber ocurrido, la sentencia hubiera sido condenatoria, pero, a título de complicidad, con la disminución punitiva que de tal situación deriva...".

Finalmente, solicita que la Corte case la sentencia y dicte la que en derecho corresponde.

El Ministerio Público

Pide que no se conceda la pretensión de la demanda.

Al respecto aduce:

"...Presumir violado por la vía directa y falta de aplicación del esquema normativo que en primer cargo señala la recurrente, es un desatino por cuanto los principios que consagran los artículos, 6°, 24, 61 y 67 se aplicaron por el fallador en sus exactos lineamientos, pues de un lado el delito por el que fue condenada la Febres Torres está legalmente descrito en el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 (legalidad).

De otro, el principio de favorabilidad no fue vulnerado en caso en donde no era necesaria su aparición (art. 6°), como tampoco se desconocieron los criterios para fijar la pena (art. 61) ni el derrotero para aplicar mínimos y máximos que en caso a estudio obligaba al incremento por la circunstancia de agravación del artículo 43 del Estatuto, previamente anunciada y con sustento probatorio. Ningún juicio equivocado se presenta que hubiera llevado al Tribunal a desconocer estas normas.

Con respecto a la falta de aplicación del artículo 24 sobre la complicidad, es un cargo amplificado y repetido de la aplicación indebida del artículo 23 sobre coautores. Ya se comentó que la complicidad no estuvo probada y que la conducta se agotó en uno de los momentos que recoge la disposición aplicada: llevar consigo. Hay una exacta correspondencia entre lo normativo del punible y la conducta de que se trata, es decir, verdadera adecuación típica...".

SE CONSIDERA

Equivocadamente la defensora formula dos cargos independientes de violación directa de la ley sustancial que en el fondo configuran uno solo, pues sostiene que hubo falta de aplicación del artículo 24 del Código Penal en uno de los reproches y aplicación indebida del artículo 23 en el otro, cuando en verdad, según la demanda, la violación alegada consiste en que el fallador condenó a la recurrente como autora del ilícito debiendo de considerarla como simple cómplice con aplicación de las penas que a esa forma de participación corresponde.

Esta manera de discurrir indica que se trata de un cargo único que puede concretarse en la violación directa del artículo 23 del Código Penal por aplicación indebida al haber dejado el fallador de aplicar el artículo 24 del mismo estatuto.

Entendida así la impugnación, carece de eficacia por las siguientes razones:

1. *Es autor de un delito el que realiza el hecho punible y determinador el que induce a otro a realizarlo (art. 23 del C.P.). Es cómplice el que contribuye a la realización del delito o presta una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo (art. 24 del C.P.).*

Según esto, tres son las formas que asume la coparticipación:

a) *Autor material. El que de modo naturalístico realiza, con acción u omisión, la conducta descrita en el respectivo tipo penal;*

b) *Determinador. El que induce a otro para que realice naturalísticamente, con acción u omisión, la conducta descrita en el respectivo tipo penal mediante precio, mandato, orden, coacción, consejo o asociación;*

c) *Cómplice. El que contribuye a la realización del delito o presta ayuda después de perpetrado, habiéndolo prometido antes de la ejecución del mismo.*

Se trata, pues, de una forma accesoria de participación en el hecho punible del autor porque, sin ejecutar la conducta típica de éste, el cómplice contribuye de algún modo a que el delito se realice.

En síntesis, la complicidad puede definirse como la participación coadyuvante en la ejecución del delito ajeno.

2. *En el ilícito que estatuye el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, los verbos rectores, once en total, comprenden conductas alternativas, aptas para configurar cada una de ellas, por sí misma, el hecho punible.*

De suerte que si se dan todas las conductas que tipifican esos verbos o parte de ellas o una sola, hay delito; basta, entonces, la realización de un solo verbo rector para que se predique la infracción.

Si esto es evidente, es necesario convenir en que es autor y determinador y no cómplice quien realiza o induce a otro a realizar uno de esos once verbos que tipifican el delito por el cual fue condenada la recurrente.

En efecto, si como se expresa en la sentencia impugnada se le declaró responsable de llevar consigo cocaína, porque fue sorprendida en el Aeropuerto Eldorado *portando la sustancia, se concluye que realizó por sí misma la conducta que comprende la acción descrita en ese verbo rector, es decir, que ejecutó ella sola el comportamiento naturalístico comprensivo del delito consagrado por el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974.*

No importa que pudiera considerarse como intermediaria, instrumento o "mula" de una asociación de personas dedicadas al tráfico internacional de estupefacientes, porque de ser cierto que la procesada cumplía una parte del negocio ilícito de aquellos delincuentes, la ley convirtió lo que podía ser la fracción o segmento de un concurso delictivo (concierto) de grandes proporciones en delito per se *bajo la consideración de que la acción típica se puede asumir y ejecutar como propia.*

La procesada indudablemente realizó la conducta delictiva de portar o llevar consigo cocaína y su acción no estaba encaminada a que otra persona pudiera portar o llevar consigo la misma sustancia, o sea, la que le fue decomisada.

En tal virtud, no es posible hablar de aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal porque su adecuación al hecho punible probado en las instancias resulta correcta al señalar a la procesada como penalmente responsable a título de autora.

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 13 de julio de 1984, 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.

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

José H. Velásquez R.
Secretario.

La anterior providencia no suscribe el señor Magistrado Dante L. Fiorillo Porras por hallarse incapacitado.

José H. Velásquez R.
Secretario.

AGRAVACION
Circunstancias

Cuando se permite la presentación de una objeción para desvirtuar una agravante específica, el ataque debe dirigirse como violación indirecta de la ley sustancial o como una nulidad *in judicando* por error en la denominación jurídica de la infracción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta No. 100 de octubre 29 de 1985.

Bogotá, D. E., 30 de octubre de 1985.

VISTOS

De la sentencia pronunciada en contra de Juan Bautista Duarte Blanco, por el delito de homicidio en Jesús Noé Blanco Villamizar, y en la cual se le impuso como pena privativa de la libertad quince (15) años de prisión (Tribunal Superior de Bogotá, febrero 15 de 1985), se ha recurrido en casación.

Está agotado el trámite y se procede a la decisión de fondo.

Por razón del fallo que va a tomarse, se prescinde de la relación de hechos y antecedentes procesales y se pasa, directamente, a enunciar los planteamientos de la demanda:

Se formuló el cargo de violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida (art. 580-1 C.P.P.).

En contra de la deducción contenida en el auto de proceder, veredicto y sentencia, esto es, que el procesado realizó conducta subsumible en el art. 363-6 del C. Penal de 1936, se acude a anotar:

a) La embriaguez voluntaria de primer grado, no preordenada, de Duarte Blanco;

b) El occiso era persona violenta y acostumbraba a usar armas;

c) El sargento Luis Enrique López, testigo de los hechos, es persona que guardaba cierta animadversión para con el sentenciado;

d) El testimonio de José Edmundo Blanco Villamizar, permite tomar deducciones diferentes sobre la conducta y actitudes del interfecto;

e) Similar apreciación se asume al analizar el dicho de Ana Rita Galindo de Barriga;

f) El testimonio de Luz Marina Barriga Galindo no es confiable por el vínculo afectivo (novia) que la unía a José Edmundo Blanco. Y otro tanto debe decirse del de Ana Rita Galindo de Barriga, su madre, y de Dora, su hermana.

De donde "si Duarte Blanco no agotó ninguna de las circunstancias determinadas en el art. 363 del C.P., para agravar su conducta, resulta injusto y, por consiguiente violatorio de la ley sustancial, dar aplicación a la sanción establecida en ese artículo, con la que se le imponen, por lo menos, siete (7) años de exceso".

Consideraciones de la Sala y de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal

Esta demanda, que se deja reseñada en sus aspectos más importantes, resulta redactada en forma antitécnica. Así lo advierte la Delegada y así se tiene que aceptar cuando se observan aspectos fundamentales de la misma que impiden su consideración. Basta, a este respecto, destacar lo siguiente:

1. *El censor realiza una crítica probatoria mediante la cual pretende, por lo menos, desvirtuar la agravante específica deducida a Duarte Blanco. Esta clase de objeciones, cuando se permite su presentación, constituyen tema de la violación indirecta de la ley sustancial o una nulidad* in judicando *por error en la denominación jurídica de la infracción. Y no es posible desarrollar esta causal, aunque no se la mencione ni se la denomine, y, al mismo tiempo advertir expresamente que se trata de una violación directa de la norma sustantiva, por aplicación indebida. En este punto la Sala no puede inclinarse por uno de estos dos medios de censura para construir su respuesta. Es imposible precisar el verdadero propósito del impugnador y no hay factores atendibles o propicios para determinarse en favor de uno u otro aspecto.*

2. *La doctrina se muestra pacífica en cuanto a excluir, en el trámite en el cual interviene el jurado de conciencia, esta clase de debates probatorios. Esta es solución que forma parte del inventario de defensas que poseen las personas intervinientes en el proceso, durante las instancias, y que suele desembocar en una declaratoria de contraevidencia. De otro lado, de prosperar una tacha de esta índole, la Corte tendría que pronunciar un fallo que empezaría por desconocer el veredicto emitido. En otras palabras, construiría una sentencia que no se apoyaría ni en el auto de proceder ni en la contestación ofrecida por el jurado, y*

3. La violación directa de la ley supone aceptar la realidad fáctica que aparece consignada en la sentencia. Quien acude a este remedio no puede pugnar con las

conclusiones probatorias. El debate se aleja del campo de la controversia de los elementos de convicción, para insertarse en una discusión eminentemente jurídica. En la hipótesis de la aplicación indebida se cuestiona el acierto en la selección de la norma, o sea, que la conducta está bien perfilada pero se ha elegido un dispositivo legal que no viene al caso. ¿Y cómo decir, en el caso examinado, que habiéndose concluido en que se trataba de un homicidio calificado (asesinato), por abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, el art. 363-6 del C. Penal de 1936, no era el llamado a regir ese comportamiento? El impugnador no lo entiende así porque estima que la situación probatoria no daba para inferir la comisión de un delito de tan graves características. Pero, en definitiva, no puede criticar la validez del señalamiento del precepto legal sino los hechos mismos, puesto que de ser cierto y admisible lo que al respecto se dio por establecido, era ineludible acudir a la aplicación del mencionado artículo.

Esto mismo es lo que anota el señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, cuando escribe:

"...Hablar de yerros probatorios en la causal de violación directa de la ley por aplicación indebida y simultáneamente argumentar sobre la base de una violación indirecta, muestra no solo palmaria contradicción sino defectos en la formulación del cargo que llevan necesariamente a desechar la demanda.

"Es imprecisa además porque, como se observa, invoca la causal primera y en pretendida demostración, se entrega a argumentaciones respecto a la apreciación de la prueba que permitió al fallador agravar el homicidio que el recurrente considera fue meramente voluntario o simple. No se ve cómo exista violación directa por aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código anterior, aplicado el último ultra-activamente por criterio de favorabilidad, porque las circunstancias de agravación no dieron paso a las que el recurrente estima que hubo de tomarse en consideración como de menor peligrosidad. Y tendiente a establecer que éstas debieron ser las circunstancias dominantes entra a un examen de la prueba en contraposición con el enunciado original del cargo.

Se ha dicho reiteradamente por la Corte y las Delegadas del Ministerio Público que para la prosperidad del recurso extraordinario que se impetra se deben respetar las técnicas especiales y propias que lo diferencian de los medios de impugnación común utilizables en las instancias...".

En consecuencia, el cargo no prospera.

De ahí que la Corte Suprema, Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo indicado en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

La anterior providencia no suscribe el señor Magistrado, doctor Dante L. Fiorillo por hallarse incapacitado.

José Heriberto Velásquez R.
Secretario.

INDICE

Pág.

ARTICULO 163, CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - AUTO INTERLOCUTORIO. *Esta Providencia tiene fuerza de sentencia, una vez ejecutoriada pone fin al proceso.* Auto segunda instancia. 22 de enero de 1985. SE ABSTIENE de revisar en consulta la providencia del Tribunal Superior de Néiva, por medio de la cual declaró que no existe infracción penal en la conducta del doctor Juan Bautista Cumbe Trujillo, Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 7

VIOLACION INDIRECTA - PRUEBA INDICIARIA. *Muy contadas son las ocasiones en que suele prosperar una impugnación de esta índole en la esfera comentada. Esto porque es costumbre exigir que el planteamiento obedezca casi a simples enunciados, de los cuales aparezca en forma fácil, huyendo de elaborados raciocinios, la diáfana inexistencia de la falta de relación entre la prueba tenida por indiciaria y el resultado acogido por el fallador.* Sentencia casación. 22 de enero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Vicente Puentes Porras y a Carlos Alberto León Padua, por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 10

AVALUO DE PERJUICIOS. *No constituye error alguno, de ninguna naturaleza, la designación de peritos y la apreciación de sus dictámenes en materias o eventos en los cuales ese medio probatorio no resulta de obligatorio cumplimiento, como cuando, aun siendo posible la resolución del asunto por el propio juez o funcionario de instrucción, éste sin abandonar su facultad crítica, acude a la opinión de expertos en la materia.* Sentencia casación. 24 de enero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Abel Carrasco Amaya al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de Abuso de Confianza. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* Salvamento de Voto: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 15

INEXISTENCIA DE ACTO PROCESAL. *Solo procede cuando la ley exija "expresamente" para su validez, que se llenen ciertas formalidades.* Auto segunda instancia. 1° de febrero de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual sobreseyó temporalmente al doctor Humberto Alzate Toro, Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 34

APODERADOS Y DEFENSORES - ACTUACION. *La correspondencia y relación que debe existir entre la actividad desplegada por los juzgadores, el acervo probatorio recogido y la acuciosidad o pasividad de los apoderados y defensores permiten deducir si frente a una situación procesal concreta la falta de apoyo defensivo del*

Pág.

abogado, su inercia o su pasividad, menoscabaron los derechos legítimos del procesado, su defensa y su juzgamiento. Sentencia casación. 12 de febrero de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a Arturo Salas Ramos por el delito de falsedad, en su lugar declara la nulidad del proceso a partir de la ejecutoria del auto de proceder. Magistrado ponente: doctor *Dante Luis Fiorillo Porras* 42

CAPTURA. *Casos en que procede.* Sentencia segunda instancia. 12 de febrero de 1985. REVOCA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó al doctor Víctor Manuel Carvajal Calonge, Juez 23 Penal Municipal de esa ciudad por el delito de Detención Arbitraria, en su lugar lo absuelve. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 53

DELITOS COMUNES COMETIDOS POR MILITARES EN SERVICIO ACTIVO O POR CIVILES QUE ESTAN AL SERVICIO DE LAS FUERZAS ARMADAS CUANDO SE ENCUENTRA TURBADO EL ORDEN PUBLICO. *La competencia de la Justicia Penal Militar en estos casos no termina cuando cesan la guerra, la turbación del orden público o la conmoción interior y la normalidad se restablece. La competencia instructora y falladora nace y se agota en la jurisdicción castrense.* Sentencia casación. 12 de febrero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al soldado Jaime de Jesús Giraldo Ortiz, por los delitos de Lesiones Personales y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* Salvamento de Voto: doctores *Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez* 59

DELITO COMUN - DELITO PROPIO. Diferencias. *El delito común tiene como característica esencial que no requiere para su tipificación sujeto activo cualificado. El delito propio se presenta no solamente por la calidad funcional de quien realiza la conducta, sino que es indispensable que el hecho haya sido cometido con desvío o abuso de la función pública.* Sentencia casación. 13 de febrero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Javier Arturo Zapata Ortega, José Hernán Agudelo Alzate y Alfonso Rojas García, por los delitos de Hurto y Conscusión. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 63

FORMAS DE VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. *Las características filosófico-jurídicas de cada una de las formas de la violación directa. Sus diferencias específicas se edifican sobre estos conceptos: la primera sobre un error de existencia, la segunda sobre un error de selección y la tercera sobre un error de sentido.* Sentencia casación. 20 de febrero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Oscar Alberto Barrera Londoño y Jairo Hernán Parra Saldarriaga, por los delitos de Hurto y Lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 68

ADMINISTRACION DE JUSTICIA - HORARIO. *Es un servicio público a cargo del Estado que se presta en forma continua y consecuencialmente, los despachos judiciales deben permanecer abiertos durante las horas hábiles, a excepción de los días legalmente señalados como de vacancia judicial.* Auto única instancia. 22 de febrero de 1985. SOBRESEE definitivamente a los doctores Luis Alberto Peñaranda Stegman, Carlos Campo Donado, Alba del Socorro de la Hoz de Pacheco, Arturo Vargas Ripoll, Nohora Esther Acuña de García, Fernando González de Solá, Roberto Fabio Herrera Orozco, Esteban Páez Polo y José María Torres Vergara.

Pág.

Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.* Aclaración de voto, doctores: *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez y Bernardo Gaitán Mahecha,* Conjuez 73

JUICIO CON INTERVENCION DE JURADO - SENTENCIA. *Si el jurado encontró que en el expediente militaban pruebas suficientes para producir el veredicto que produjo, la Corte debe respetar su decisión ya que los funcionarios de instancias que serían los llamados tomar medida procesalmente válida, no lo estimaron del caso.* Sentencia de casación. 26 de febrero de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Alfredo Narváez Murcia, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*..... 84

PROCESO CIVIL - CONDUCCION. *El juez cuenta con razonable amplitud, sin que tenga que limitarse exclusiva y únicamente a escuchar y atender los requerimientos de las partes.* Auto segunda instancia. 26 de febrero de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra la doctora Anabella Varela de Bastidas, Juez 17 Civil Municipal, denunciada por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 90

RECUSACION O IMPEDIMENTO - DENUNCIA PENAL. *Si la denuncia penal presentada contra el funcionario, su cónyuge o su pariente dentro del primer grado de consanguinidad, generó en aquél una grave enemistad contra el denunciante, en la medida en que éste tenga el carácter de parte o de apoderado, procederá la recusación o el impedimento, pero no con fundamento en las disposiciones del ordenamiento procesal civil, sino con base en la enemistad grave (artículo 78-5 C. de P. P.).* Auto recusación. 28 de febrero de 1985. DECLARA infundada la recusación propuesta contra el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez. Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.* Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* y doctor *Darío Velásquez Gaviria* 95

1° SECUESTRO. *Es de aquellos que la doctrina y el propio Código Penal (artículo 83) conocen como de carácter permanente, esto es, delitos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, de modo que el proceso consumativo permanece mientras no se pone fin a la conducta.*

2° ERROR DE HECHO. *Es necesario que sea manifiesto, esto es, ostensible y de relieves tan notorios que sea advertido sin mayores esfuerzos dialécticos.*

3° DELITO AUTORES. *Todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comunmente querido o por lo menos, aceptado como probable.* Sentencia casación. 28 de febrero de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Gerardo Castañeda Rendón, José Julián Agudelo Isaza y Alberto de Jesús Idárraga Peláez por los delitos de Secuestro y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 101

1° CUESTIONARIO - FORMA DE ELABORACION. *Debe ser un reflejo fiel del auto de proceder. En el homicidio las expresiones, propósito o intención de matar se*

Pág.

subentienden de ordinario en este delito. Solo las excepciones de la culpa y la preterintención deben consignarse de manera expresa en el cuestionario.

2º JURADO - INFIDELIDAD. *La violación del mandato de silencio que les impone la ley constituye delito y puede conducir al quebrantamiento de las formas propias del juicio. Para que surta el último de estos aspectos debe existir prueba que razonablemente demuestre el hecho.* Sentencia casación. 12 de marzo de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Oscar Vera Arango, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 112

TECNICA DE CASACION - CAUSAL SEGUNDA - SENTIDO Y ALCANCES DE LA CONFRONTACION ENTRE EL AUTO DE PROCEDER Y LA SENTENCIA. *El término probatorio del juicio no es un ritual inútil, allí pueden aparecer demostradas circunstancias punitivas de atenuación o agravación que al ser reconocidas en la sentencia no rompen la armonía de aquellas dos piezas procesales; sucede lo mismo cuando en ese término surge un elemento que desplaza la especie delictiva hacia otra cobijada por la misma denominación jurídica.* Sentencia casación. 12 de marzo de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Martha Mery Reyes de Granados por el delito de Falsedad. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 118

CUESTIONARIO - ELABORACION. *El hecho que debe quedar consignado es el hecho típico, de modo que en el interrogante deben figurar los elementos esenciales que aparecen en la descripción genérica hecha por el legislador. Suprimida del presente Código la expresión "propósito de matar", se eliminó del tipo una inútil reiteración de un aspecto de la culpabilidad, porque siguiendo los lineamientos del estatuto que ahora rige (Decreto número 100 de 1980); la culpa y la preterintención solo se presentan en los casos expresamente determinados en la ley.* Sentencia casación. 13 de marzo de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Ezequiel Figueroa Abello por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 123

SECUESTRO EXTORSIVO - DELITO COMPLEJO - DECRETO NUMERO 1923, ARTICULO PRIMERO, INCISO 3º, DECRETO NUMERO 100 DE 1980. *No puede pretenderse que, haciendo servir el homicidio a los fines del delito complejo, la variación legislativa haga desaparecer por completo esta actividad delictuosa. Subsiste su consideración bien como concurso o como delito complejo, dependiendo una y otra alternativa del influjo que tenga en su aspecto punitivo el principio de favorabilidad.* Sentencia casación. 15 de marzo de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Enrique Sáenz por los delitos de Secuestro y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 130

EXTRADICION - ARTICULO 755, CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Limita la defensa de la persona solicitada a la demostración de que no se trata del individuo reclamado, a defectos de forma de los documentos presentados y a la comprobación de la ilegalidad de la extradición.* Auto extradición. 19 de marzo de 1985. NO REPONE la providencia del 12 de diciembre de 1984, por medio de la cual negó la práctica de algunas pruebas en el incidente de extradición de Manuel Antonio Ariza Fachola, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 139

Pág.

RECUSACION. *La opinión impediente es aquella que manifiesta el funcionario fuera del proceso a su conocimiento y que tiene, además, por sí misma, fuerza vinculante.* Auto recusación. 19 de marzo de 1985. DECLARA fundada la recusación propuesta contra los doctores Sixto Arias Vargas, Germán Camacho Rodríguez y Jairo Varcárcel Monroy, Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 142

CAUSAL PRIMERA - VIOLACION INDIRECTA EN JUICIO CON INTERVENCION DEL JURADO - RECONOCIMIENTO DE ATENUANTES POR EL JURADO. *La Sala mantiene como invariada y pacífica doctrina la tesis de no permitir, en procesos en los cuales interviene el jurado, la renovación del debate probatorio, pues los principios de valoración que al respecto imperan en este sistema (autonomía y en conciencia) impiden esta posibilidad y, además, de prosperar el cometido llevaría a un fallo con abandono del veredicto proferido.*

La Sala admite la diminuente en contestaciones del jurado como la que se comenta (artículo 64-3, Código Penal) siempre y cuando se haya alegado en la audiencia y aparezca un aceptable respaldo probatorio de la misma. Sentencia casación. 19 de marzo de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual condenó a José Aicardo Arcila Londoño, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 146

CONCUSION. *Se reitera y aclara que existe abuso de la función cuando se desborda o restringen indebidamente sus límites o se utilizan con fines protervos y que se abusa del cargo, cuando se aprovecha esa sola coyuntura en forma indebida por no estar el asunto de que se trata sujeto a la decisión del empleado o funcionario público. Se ratifica lo dicho en sentencia de casación del 31 de julio de 1984.* Sentencia segunda instancia. 28 de marzo de 1985. CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó al doctor Alberto Delgado Rebellón, Juez Sexto Civil del Circuito de esa ciudad, por el delito de Concusión. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 150

NULIDAD - AUTO DE PROCEDER - INDEFINICION Y AMBIGUEDAD EN LA FORMULACION DE LOS CARGOS. *Un auto de proceder que adolezca del grave vicio de la indefinición y de la ambigüedad en la formulación de los cargos, que imposibilite la defensa e impida la aplicación del derecho en la sentencia, viola las formas propias del juzgamiento y por lo tanto, será nulo.* Sentencia casación. 28 de marzo de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Sincelejo, por medio del cual absolvió a María Auxiliadora Alba Yáñez de Sierra, por los delitos de Falsedad y Peculado y, en su lugar, declara la nulidad de lo actuado a partir del auto por el cual el Tribunal Superior de Sincelejo calificó el mérito del sumario. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 154

FALSEDAD Y PECULADO. *En la falsedad en documento público no se precisa de su uso para que pueda hablarse de perfeccionamiento del delito. Si además de falsificar los documentos el procesado (juez), se apropia de dinero, sobre el cual tenía disponibilidad jurídica, incurre en el delito de Peculado.* Sentencia segunda instancia. 16 de abril de 1985. CONFIRMA el fallo del Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó al doctor César Augusto Giraldo Ramírez, por los delitos de Falsedad y Peculado. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* . 160

Pág.

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PRIVADO. *La ley penal solo exige al particular ser veraz en ciertos casos y para ciertos efectos. La obligación a la veracidad es indiscutible cuando el derecho de un tercero puede sufrir menoscabo con el documento y cuando el tráfico jurídico se afecta en su credibilidad. La falsedad ideológica en documento privado, se encuentra tutelada por el artículo 221 del Código Penal y puede concurrir con la estafa.* Sentencia casación. 18 de abril de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a José Serna por los delitos de Falsedad y Estafa. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 174

CASACION - TECNICA. *Es írrita la demanda cuando los defectos comprenden errores y contradicciones de especial magnitud.* Sentencia casación. 23 de abril de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Pedro H. Otálora Castellanos, por los delitos de Falsedad y Estafa. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía.* Salvamento de voto, doctores: *Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria*..... 179

DEMANDA ANTITECNICA. *Una demanda que resulta contradictoria en sus términos no es apta para obtener el quebrantamiento del fallo que por su mediación se persigue pues lleva en sí el germen de su destrucción.* Sentencia casación. 23 de abril de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a José Albeiro Pineda Otálvaro, por el delito de Falsedad. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 189

DEMANDA DE CASACION. *Requisitos legales y técnico-jurídicos. Su importancia. Proporciona los elementos esenciales de la sentencia de casación y limita la jurisdicción de la Corte. Esta no puede por propia iniciativa corregirla, ampliarla o contraer el ámbito de la impugnación.* Sentencia casación. 23 de abril de 1987. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Emilio Velásquez, por los delitos de Concierto para Delinquir y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 192

1° JURADO DE CONCIENCIA - SORTEO - PROCEDIMIENTO. *Si en la realización del sorteo -procedimiento- hay ausencia de error, no puede alegarse nulidad.*

2° RECURSO DE CASACION - NULIDAD SUPRALEGAL. *Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (artículo 26 Constitución Nacional). Solo pueden aplicarse a un delito cometido antes de su vigencia, solamente si resultan más favorables que las leyes abolidas (artículo 26, Constitución Nacional, Inciso 2°).* Sentencia casación. 23 de abril de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio del cual condenó a Alejandro González Rodríguez por el delito de Homicidio, en su lugar anula lo actuado desde que el proceso entró al despacho para sentencia de segunda instancia. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 196

POLICIA NACIONAL - JUZGAMIENTO. *La presencia de los agentes de la Policía ante los Tribunales Castrenses frente a los delitos cometidos por los servidores de la institución armada en referencia, tiene operancia en tres específicas situaciones: Comisión del ilícito con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo.* Sentencia casación. 23 de abril de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Felipe Díaz

Pág.

Ojeda por Homicidio en el grado de tentativa. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.* Salvamento de voto: doctores *Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria.* *202*

LIBERTAD CONDICIONAL - ANTECEDENTES DE TODO ORDEN, ARTICULO 72, CODIGO PENAL. *El apercibimiento (Decreto número 1660 de 1978) es una sanción por falta muy leve, que si bien constituye antecedente para inhabilidad en el ejercicio del cargo, no es suficiente para los efectos del artículo 72 del Código Penal, pues de ser considerado como tal entidad se estaría contrariando la filosofía del subrogado penal previsto en ella.* Auto segunda instancia. 24 de abril de 1985. Concede libertad provisional a César Augusto Giraldo Ramírez. Ex-juez Promiscuo Municipal de Finlandia (Quindío), condenado en segunda instancia, por los delitos de Falsedad y Peculado. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 211

TENTATIVA DE ASOCIACION - ASOCIACION CODIGO ESTADOS UNIDOS. *Corresponde al Concierto para delinquir del Código Penal Colombiano (artículo 186).* Concepto extradición. 30 de abril de 1985. Favorable a la extradición de Alberto Escobar, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía.* 214

VIOLACION INDIRECTA - JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO DE CONCIENCIA O VOCALES. *Se desconocería la razonable libertad de que gozan los jurados o vocales en la valoración de los medios de convicción.* Sentencia casación. 30 de abril de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a José Alvaro Caicedo Gómez y a Gonzalo Garzón Rojas, como responsables de los delitos de Homicidio y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.* 217

CAUSAL CUARTA DE CASACION - NULIDAD, VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO. *Cuando se impugna el veredicto, por motivos probatorios, se está contraponiendo un esquema de juzgamiento que no corresponde, al de los jurados de conciencia, así se diga que se trata de una nulidad sobre determinados medios de convicción.* Sentencia casación. 2 de mayo de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Vicente Gómez Reyes, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 222

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY. *En el Tratado con los Estados Unidos, este fenómeno jurídico es recíproco al quedar aprobado por la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980.* Auto extradición. 2 de mayo de 1985. No DECRETA la práctica de alguna prueba en el incidente de extradición de José Santacruz Londoño, solicitado por el Gobierno de Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero.*

1° *Cuando se declara la responsabilidad del reo, pero respecto de una infracción diferente, no existe realmente decisión sobre el tema debatido, ni fundamento para proferir sentencia* *226*

2° NULIDAD DE CARACTER CONSTITUCIONAL. *Cuando se incurra en notoria violación de las formas propias del juzgamiento o se menoscabe el derecho de defensa.* Sentencia casación. 2 de mayo de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a María Dilma López de

Pág.

Zamudio, por el delito de Infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 228

PREVARICATO. PARTE CIVIL - PERSONERIA. *Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (Prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el Prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo.* Auto segunda instancia. 15 de mayo de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual se rechazó la demanda de constitución de parte civil, en el proceso contra el doctor Aurelio Ospina Barrios, ex-juez Séptimo Penal Municipal de esa ciudad, denunciado por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*..... 231

RECURSO - SUSTENTACION. *Es defender o sostener determinada opinión.* Auto segunda instancia. 16 de mayo de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual dictó auto de proceder contra el doctor Benjamín Hoyos Peñaloza, Juez Promiscuo Municipal de Unguía, por el delito de Abandono del Cargo. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 234

NULIDAD. *No constituye nulidad la circunstancia de que alguno de los sujetos procesales entregue a los miembros del jurado piezas del proceso toda su actuación, ni tampoco que en la audiencia pública se decrete un "receso".* Sentencia casación. 30 de mayo de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual condenó a Martín Blanco Muñoz por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 239

CAUSAL PRIMERA - VIOLACION INDIRECTA. ERROR DE HECHO. *No basta que exista el error de hecho, es necesario demostrarlo en su totalidad ontológica y en los efectos jurídicos que le son propios.* Sentencia casación. 5 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Argemiro Guzmán Ortiz, por el delito de Falsedad. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 243

PREVARICATO. *Para que este punible tenga ocurrencia no basta que se deduzca responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal.* Auto segunda instancia. 6 de junio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal, por el delito de Prevaricato, a la doctora Tulia Marina Maldonado Rojas, Juez 21 Civil Municipal de esta ciudad, en su lugar la sobresee en forma definitiva. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 250

VIOLACION INDIRECTA - JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO. *Resulta un imposible jurídico proponer esta causal, porque al juzgador le obliga pronunciarse de acuerdo con la contestación que el jurado haya dado a los cuestionarios propuestos.* Auto casación. 6 de junio de 1985. DECLARA desierto el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Pedro Roberto Patiño Patarroyo, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 255

Pág.

1° HABEAS CORPUS - PROCEDENCIA. *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.* Sentencia segunda instancia. 7 de junio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual absolvió al doctor Luis Carlos Rosales Díaz, Juez Décimo Penal Municipal de esta ciudad y, en su lugar, lo condena por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 258

2° PREVARICATO. *No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación* *258*

LEY PENAL. VIGENCIA (Ley 153 de 1887). *No puede aplicarse, ni produce efecto alguno, sino a partir del momento en que entra a regir.* Sentencia casación. 11 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condeñó a Eneas Humberto Díaz León por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Dante Luis Fiorillo Porras*..... 268

DERECHO DE DEFENSA. *No se afecta por omitir informar al capturado que tiene derecho a nombrar apoderado.* Sentencia casación. 19 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Alejandro Rojas Sanguino, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Dante Luis Fiorillo Porras*..... 273

1° EXTRADICION - LA IDENTIFICACION FISICA DEL RECLAMADO FRENTE A LAS NORMAS LEGALES. *Tiene derecho a que no se vaya a cometer una equivocación altamente perjudicial que resultaría de su entrega, sin que estuviera fehacientemente comprobado que es la misma persona a quien requiere el país que pretende juzgarla.*

2° HABEAS CORPUS. *Se prevarica cuando se concede sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley. Dos casos: cuando exista proceso y cuando no exista. Requisitos generales.* Auto segunda instancia. 19 de junio de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual dictó auto de proceder en contra del doctor José Antonio Valderrama Molano, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 281

EXTRADICION DE NACIONALES - CASOS DE CONCESION FORZOSA. *a) Actos realizados en territorio de ambos estados. Fundamentalmente deben tener estrecha relación con el delito o delitos cometidos en el Estado reclamante; b) Sentencia condenatoria en el país requirente. La solicitud debe referirse al delito o a los delitos que motivaron esa sentencia. La concesión obligada de la extradición no comporta declinatoria de jurisdicción.* Concepto extradición. 26 de junio de 1985. FAVORABLE a la extradición del ciudadano colombiano José Santacruz Londoño, solicitada por el Gobierno de Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 284

INIMPUTABILIDAD. *Para que tal situación se presente, debe ser cabalmente comprobada mediante pericia médica, no siendo suficiente la simple afirmación de la*

Pág.

existencia del trastorno, sino que su existencia debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento. Sentencia casación. 26 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de San Gil, mediante el cual condenó a Pablo Alfonso Morales Guerrero, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 289

CAUSAL PRIMERA - VIOLACION INDIRECTA. ERROR DE DERECHO. *El censor con ostensible ausencia de técnica no precisa cuáles fueron las pruebas que no se apreciaron, ni demuestra en qué consistió el error de derecho en que se incurrió como consecuencia de esa supuesta omisión, ni su incidencia en el fallo condenatorio.* Sentencia casación. 27 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Alberto Salgado, Simeón Rodríguez y Armando Lozano, por el delito de Hurto. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras.* Salvamento de voto: doctores: *Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria.* 296

RECURSO DE CASACION. CAUSALES. *No pueden confundirse todas en la cuarta, ni sustentarse del mismo modo, ni ser invocadas simultáneamente bajo un mismo cargo.* Sentencia casación. 27 de junio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Nelson Avila Martínez, por los delitos de Acceso Carnal Violento y Lesiones Personales. Magistrado ponente: doctor *Dante Luis Fiorillo Porras* 304

FALSEDAD. Uso de documento público, falso. *La pena imponible para quien falsifica el documento público y lo usa, surge de armonizar el inciso 2° del artículo 222 del C. P. con los artículos 218, 219 y 220 del mismo estatuto, según el caso.*
Sentencia casación. 2 de julio de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Cali que condenó a Gustavo García Arzayus, por el delito de Falsedad en documento público. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 309

1° VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *La causal primera de casación en el numeral primero del artículo 580 del C. de P. P., procede cuando el juzgador de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación y en forma indirecta cuando el juicio equivocado proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, caso en el cual es necesario alegar sobre este punto y demostrar que el juzgador incurrió en error de hecho o de derecho.*
Sentencia casación. 2 de julio de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, que condenó a Agustín Hernando Márquez Villa, por los delitos de falsedad documental y abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.* Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

2° INSPECCION JUDICIAL. Requisitos. *Para la práctica de la diligencia de inspección judicial es indispensable el nombramiento de peritos, solo cuando los puntos que deban ser establecidos requieran conocimientos especiales y conforma plena prueba el acta en relación con los hechos y circunstancias consignados y que hayan sido observados por el juez y los peritos.*
Sentencia casación. 2 de julio de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, que condenó a Agustín Hernando Márquez Villa, por los

Pág.

delitos de falsedad documental y abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*. Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

3° REO AUSENTE. *La contumacia del acusado en alguna etapa del proceso, no es circunstancia suficiente para impedir la concesión de la condena de ejecución condicional.*
Sentencia casación. 2 de julio de 1985. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, que dondenó a Agustín Hernando Márquez Villa, por los delitos de falsedad documental y abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*. Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* *313*

PERITO - DICTAMEN. *El valor del dictamen pericial no depende del traslado específico que atienda solo a la letra del artículo 276 del C. de P. P., como sí de la posibilidad de su conocimiento por las partes, ni de la posesión del perito en actuación individualizada y concreta, que pierde trascendencia cuando se trata de personas vinculadas a organismos oficiales. En el mismo sentido decidió la Corte en sentencias de 4 de mayo de 1982 y 28 de agosto de 1985.*
Sentencia casación. 3 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que absolvió a Ildefonso Sánchez Bejarano, por los delitos de peculado y falsedad en documentos. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 324

CASACION. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA INTERPONER EL RECURSO O PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *El escrito de interposición del recurso o el de la demanda, sea que se presenten personalmente ante el funcionario que deba conocer o ante autoridad distinta para que los remita a éste, debe estar en el despacho competente antes de que venza el término que la ley señala para esos cometidos.*
Auto casación. 4 de julio de 1985. Se abstiene de admitir el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en contra de Dioselina Alegría Manzano, por los delitos de hurto y falsedad. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 333

FALSEDAD POR USO DE SELLO OFICIAL INTEGRALMENTE APOCRIFO. *El uso de un sello oficial falsificado, para darle al documento la apariencia de autenticidad, queda subsumido en la falsedad por creación integral.*
Sentencia casación. 4 de julio de 1985. No CASA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual condenó a Luis Santiago Ariza Macías, por los delitos de falsedad en documentos públicos y privados, uso de sello falsificado y estafa. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 337

DEFENSA. *No se afecta el derecho de defensa al omitir la práctica de algunas diligencias, si los hechos que así pretendían probarse, ya estaban demostrados en el proceso.* Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Ostilio Neira Díaz, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 342

PRUEBAS. FACULTAD DE LAS PARTES DE PEDIRLAS Y DEBER DEL JUEZ DE PRACTICARLAS. *Las partes que intervienen en el proceso penal, según el artículo 219 del C. de P. P., tienen la facultad de pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes y de intervenir con su producción; su desconocimiento podría considerarse como nulidad de carácter constitucional.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de

Pág.

Sincelejo que condenó a José Dancur Villarreal, por el delito de peculado por apropiación. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 347

VEREDICTO. *El veredicto: "Sí, pero con atenuante, en defensa del honor familiar", indica que se ha contestado afirmativamente la responsabilidad y que la adición solo constituye el reconocimiento de una atenuación y no de una causal de justificación.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, a través del cual condenó a Ciro Flórez Moreno, por del delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*..... 352

VEREDICTO. *Cuando el jurado niega toda intención o todo propósito en la acción, no puede jurídicamente hablarse de ilicitud dolosa o de carácter preterintencional.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Rubén Darío Echavarría Correa, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 356

VIOLACION DIRECTA. *Se incurre en la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea, cuando el juzgador ha escogido acertadamente la disposición aplicable, pero le da un alcance en desacuerdo con su verdadero signficado.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, en cuanto condenó a Luis Francisco Angarita Mantilla, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*.... 360

JURADO. FALLOS EN JUICIOS EN QUE INTERVIENE. *El fallo de segundo grado en juicios con intervención del jurado de conciencia, no es posible impugnarlo por violación indirecta de la norma de derecho sustantivo, porque el mecanismo para desconocer su voluntad es la contraevidencia del veredicto que corresponde a los juzgadores de instancia.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, en cuanto condenó a Luis Francisco Angarita Mantilla, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 360

VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA. *Son diversas las modalidades en la violación directa y en la violación indirecta de la ley. Cuando se escoge la primera se está reconociendo que los presupuestos fácticos y probatorios fueron correctamente manejados, porque la falta se relaciona con el tipo penal que subsumió la conducta o con otra norma sustantiva, mientras que en la segunda se controvierten los elementos probatorios de la sentencia.*
Sentencia casación. 9 de julio de 1985. DESECHA el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Fredy Ramos Noak y Ricardo Buitrago Bello, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*..... 365

AUTO DE PROCEDER. *La circunstancia consagrada en el artículo 60 del C. P. cuando está debidamente demostrada debe consignarse en el auto de proceder, pero su omisión no constituye nulidad, porque existen otros momentos procesales en los que puede dilucidarse.*
Sentencia casación. 16 de julio de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a Froilán Gutiérrez Niño, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 368

Pág.

CONSULTA. ALCANCE DEL ARTICULO 199-1 DEL C. P. P. *Para efectos del grado jurisdiccional de consulta, es necesario fijar el extremo mayor a que pueda llegarse en la determinación de la pena, atendiendo, en el caso de agravantes, a sus cuantificaciones superiores y, en el evento de las diminuentes, a la menor cantidad de rebaja que sea posible.*
Sentencia casación. 16 de julio de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a José Arley Jaramillo Toro, por el delito de homicidio preterintencional y ordenó el envío del proceso al juzgado de conocimiento, para la ejecutoria de la sentencia. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 374

IRA O INTENSO DOLOR. *Cuando la respuesta del jurado de conciencia es incompleta en cuanto a la circunstancia atenuante, porque afirma la ira o el intenso dolor pero no expresa su causalidad con la conducta como originada en comportamiento grave e injusto, es necesario recurrir al debate de la audiencia y a las pruebas del proceso.*
Sentencia casación. 16 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a José de Jesús Cáceres o Jaimes, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*..... 377

JUZGAMIENTO. *A pesar de la escala jerárquica, el funcionario de inferior categoría decide autónomamente en los eventos de su competencia.*
Concepto. Cam. Rad. 16 de julio de 1985. DESFAVORABLE en el proceso por peculado y concusión, adelantado contra el civil Marcos Palacio Román, como Secretario de la Auditoría Principal de Guerra de la Cuarta Brigada con sede en Medellín. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 387

VIOLACION INDIRECTA. *En la acusación de la sentencia de segunda instancia por violación indirecta, el recurrente está obligado a demostrar como extremos el error de hecho o el error de derecho y a señalar las normas sustanciales afectadas, por no haberlas aplicado el fallador o por haberlas aplicado indebidamente.*
Sentencia casación. 16 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Mario Castiblanco Castiblanco, por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 390

ABUSO DE AUTORIDAD. *Es atípica la conducta del juez que provee los cargos de los empleados subalternos cuando no estaba obligado a respetar la "estabilidad", porque la nominación de éstos en propiedad fue acto administrativo de persona que no estaba facultada para hacerlo, de acuerdo al Decreto número 1660 de 1978.*
Auto Sda. Inst. 23 de julio de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, a través de la cual sobreseyó definitivamente a la doctora Martha Berrío Espinosa, Juez Promiscuo Municipal de Ituango. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*..... 395

CASACION TECNICA. *Es antitécnica y repugna con el principio de no contradicción el ataque a la sentencia al amparo de causales de casación que se excluyen, como la aceptación de la validez de la actuación al criticar la equivocada valoración de la prueba y luego la invalidez de la misma, por omisión de formalidades en la producción de los medios de convicción.*
Sentencia casación. 23 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Rafael Amaya, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*..... 400

Págs.

INEXISTENCIA. *Los efectos de la inexistencia del acto procesal, por pretermitir las formalidades que exige la ley, son diferentes a los que provienen de la inobservancia de las formas propias del debido proceso, porque éstas están erigidas como nulidad en cuanto desconoce las garantías consagradas en el artículo 26 de la C.N.*
Sentencia casación. 23 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Rafael Amaya, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*..... 400

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. *El error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona. El error de derecho toca directamente con la norma que regula la forma de su aduccion al proceso o le fija su mérito legal de conviccion.*
Sentencia casación. 23 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Rafael Amaya, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*..... 400

EXTRADICION. REQUISITOS DE LA DOBLE INCRIMINACION. *La imputación por realizar viajes al exterior con la finalidad de promocionar actividades ilícitas, no es delictuosa en nuestra legislación, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 27 de 1980.*
Concepto. Extradición. 25 de julio de 1985. Favorable a la extradición de Carlos Humberto Gómez Zapata, solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 400

EXTRADICION. *No es procedente cuando el comportamiento atribuido al acusado, conlleve en sí, violación de un principio de orden constitucional. La solicitud de extradición habrá de negarse, si al reclamado se le acusa de no revelar a la autoridad un delito conocido, cuando forzosamente puede así afectarse a sí mismo o a sus parientes.*
Concepto. Extradición. 30 de julio de 1985. Favorable a la extradición de Jaime Ramírez, reclamado por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 407

EXTRADICION. DISCUSION SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO. *No admite el incidente de extradición que se discuta la responsabilidad del solicitado. Concepto. Extradición.* 30 de julio de 1985. FAVORABLE a la extradición de Salomón José Gloria Escobar, solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria.* 417

PECULADO CULPOSO. *Es independiente el comportamiento de quien se apropia del objeto material de la conducta y de quien por algunos de los mecanismos generadores de la culpa dé lugar a que se extravíe, pierda o dañe.*
Auto Sda. Inst. 30 de julio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual sobreseyó temporalmente por segunda vez al doctor Hernando Velásquez Garcés y, en su lugar, lo llama a responder en juicio criminal por el delito de peculado culposo. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 431

ABUSO DE FUNCION PUBLICA. *Es típica la conducta del juez que, en ejercicio de su cargo, realiza funciones públicas diversas de las que le están atribuidas.*

Pág.

Auto Sda. Inst. 31 de julio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual residenció en juicio criminal a Alirio Sangui Madarriaga, Juez de Instrucción Criminal de Caucasia, por los delitos de empleo ilegal de la fuerza pública y abuso de funciones públicas, en su lugar la Corte lo sobresee definitivamente. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*... 435

DOLO. *Cuando no existe la intención dolosa de actuar antijurídicamente, el delito imputado es inexistente por ausencia de culpabilidad.*
Auto Sda. Inst. 31 de julio de 1985. ROVOCA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual residenció en juicio criminal a Alirio Sanguino Madarriaga, Juez de Instrucción Criminal de Caucasia, por los dêlitos de empleo ilegal de la fuerza pública y abuso de funciones públicas, en su lugar la Corte lo sobresee definitivamente. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*... 435

FUERZA PUBLICA - EMPLEO ILEGAL. *El empleo de la fuerza pública por el juez solo constituye delito cuando se utiliza en acto arbitrario e injusto y no cuando su presencia es indiferente en relación a la actuación realizada.*
Auto Sda. Inst. 31 de julio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual residenció en juicio criminal a Alirio Sanguino Madarriaga, Juez de Instrucción Criminal de Caucasia, por los delitos de empleo ilegal de la fuerza pública y abuso de funciones públicas, en su lugar la Corte lo sobresee definitivamente. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*... 435

AUTO INHIBITORIO. RAZONES DEL MISMO. Solo es procedente dictarlo por razones de atipicidad o motivos que enerven la acción penal pero no es viable ante la ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. 442

CASACION - TECNICA. *Es antitécnica la demanda de casación cuando alega la causal primera como violatoria de la ley sustancial y argumenta yerros probatorios, que llevan a conluir en la no demostración del cuerpo del delito y en la duda sobre la responsabilidad del procesado.*
Sentencia casación. 31 de julio de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a Mauro Noel Vaca Sánchez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 445

EJECUCION CONDICIONAL DE LA PENA EN PROCESOS JUZGADOS Y EN FIRME, EN VIGENCIA DEL CODIGO PENAL DE 1936. *La sentencia condenatoria ejecutoriada en vigencia del C. P. anterior, en cuanto vedaba la concesión del subrogado de la ejecución condicional cuando la pena impuesta era de prisión y excedía de tres años, no permite como aspecto favorable el otorgamiento de esa gracia, que solo se aplica a los casos en curso, cuando la pena no exceda de ese límite.*
Auto Sda. Inst. 31 de julio de 1985. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Pereira, en cuanto se abstuvo de iniciar proceso penal contra la doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, Juez Primero Superior de este Distrito. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 449

EMPLEADO OFICIAL - PRUEBA DE SU INVESTIDURA. *No es necesario que se alleguen al informativo documentos que comprueben la condición de empleado oficial, basta que se deduzca de la actuación.*

Pág.

Auto. Sda. Inst. 31 de julio de 1985. CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual se inhibe de iniciar investigación penal contra el doctor Joaquín Vega Pérez, personero delegado en lo penal. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 457

MAGISTRADO - CAUSAL DE MALA CONDUCTA. *La elección de jueces corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en Sala Plena y es causal de mala conducta su distribución entre los Magistrados.*
Auto Unica Inst. 31 de julio de 1985. Se inhibe de iniciar investigación contra el doctor Guillermo León Martínez, Magistrado del Tribunal Superior de Pasto. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 463

MINISTERIO PUBLICO - SUS FUNCIONES. *Las funciones del Ministerio Público son diversas, incluyen la emisión de conceptos y la vigilancia a los despachos judiciales. Por consiguiente, no incurre en comportamiento delictivo el funcionario que certifique su asistencia al trabajo cuando lo cumpla fuera de su oficina.*
Auto Sda. Inst. 31 de julio de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual dio aplicación al artículo 163 del C. P. P. en favor de la doctora Nelly Suescún de Góez, Fiscal Primero Superior de Aduanas. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 465

IDENTIFICACION - OFENDIDO. *El error relativo al nombre o apellido del ofendido genera nulidad de orden procesal solo cuando se presta a dudas o confusiones, que hagan posible la vinculación de un extraño a la relación causal.*
Sentencia casación. 6 de agosto de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a David Silva Vargas, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*..... 472

EXTRADICION IDENTIDAD DEL RECLAMADO. *En materia de identidad del individuo solicitado en extradición, son exigentes la legislación colombiana y el Tratado suscrito con Estados Unidos.*
Concepto Extrad. 13 de agosto de 1985. DESFAVORABLE a la extradición de Armando de Jesús Veléz Gómez, solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 480

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. *El juez al dictar sentencia de primera, segunda o única instancia, puede negar al procesado el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, cuando, según su criterio requiere de tratamiento penitenciario, porque el Decreto número 1853 de 1985 no modificó ni podía modificar el artículo 68 del C. P.*
Auto. Casación. 14 de agosto de 1985. NIEGA el beneficio de libertad provisional a Carlos Arturo Gómez Guevara. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*..... 485

REVISION - RECURSO. *Es un medio de impugnación de carácter excepcional, que busca demostrar cómo la verdad procesal declarada en la sentencia no coincide con la verdad material o real del hecho punible y de su autor. Esa concepción del recurso se revela con mayor acierto en la causal quinta (artículo 584-5 del C. P. P.) y por esa razón se considera como un compendio de las otras.*
Auto. Revisión. 13 de agosto de 1985. NIEGA el recurso de revisión que se interpuso contra la sentencia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia,

Pág.

que condenó a José Cardona Carrillo por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 488

PREVARICATO. No incurre en prevaricato el funcionario que condiciona la expedición de una orden de captura a las necesidades de la investigación.
Auto Sda. Inst. 14 de agosto de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla a través de la cual se inhibió de iniciar investigación contra el doctor Oscar Contreras Amarís, juez 14 de Instrucción Criminal de ese Distrito. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 493

CONSULTA Y RECURSO DE APELACION. *La tramitación del grado jurisdiccional de consulta en lugar del recurso de apelación, no genera nulidad porque no desconoce el derecho de defensa, ya que el examen del proceso es igual en los dos casos y las facultades del superior son idénticas. La Corte reitera su tesis.*
Sentencia casación. 22 de agosto de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Hugo Duque Ríos, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 496

ABOGADO. EJERCICIO DE LA PROFESION. *Está prohibido el ejercicio de la profesión de abogado al funcionario o empleado judicial. Solo puede ejercer el derecho de defensa.*
Auto Sda. Inst. 28 de agosto de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Rodolfo Lozano Díaz, ex-juez Promiscuo Municipal de Bagadó, por infracción al artículo 157 del C. P. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 507

CAMBIO DE RADICACION - OBJETO. *Es la garantía de una recta administración de justicia, lo que ha de ser tenido en consideración, para autorizar el cambio de radicación de un proceso penal, según el artículo 44 del C. de P. P.*
Concepto Cam. Rad. 28 de agosto de 1985. FAVORABLE para el cambio de radicación del proceso seguido en el Juzgado 2° Penal del Circuito de El Banco (Magdalena), en contra del ciudadano norteamericano John Lincoln Tamboer, por violación al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 511

JURADO DE CONCIENCIA. *Frente a sentencias dictadas en procesos en que interviene el jurado de conciencia, no es admisible la pretensión de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, bien sea que provenga de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba.*
Sentencia casación. 28 de agosto de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Carlos Alberto y Elkin de Jesús Vásquez Pino, por los delitos de Homicidio y Hurto. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 513

NULIDAD. *No se requiere invocar el precepto del artículo 26 de la Constitución Nacional si el vicio que se alega se encuentra en las disposiciones legales que informan la materia de que se trata.*
Sentencia casación. 29 de agosto de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a José Ignacio Cuadros Jaramillo por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 516

Pág.

EJECUCION CONDICIONAL DE LA SENTENCIA. *El artículo 68 del C. P. no establece excepción y, por el contrario, amplía este instituto para todos los condenados, sin discriminación en cuanto al hecho punible, o al interés jurídico tutelado; por manera que el artículo 4° de la Ley 4ª de 1943 no tiene actualmente validez legal.*
Sentencia casación. 3 de septiembre de 1985. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Montería que condenó a Laureano o Ramiro del Cristo Mercado Carvajal, por el delito de hurto sobre ganado mayor. La Corte concede el subrogado de la condena de ejecución condicional. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 520

VEREDICTO INDICACION DE CIRCUNSTANCIAS DIVERSAS. *Cuando el jurado estime que el hecho fue cometido en circunstancias diversas a las expresadas, en el cuestionario así lo indicará y en su interpretación se atenderán en su exacta dimensión.*
Sentencia casación. 4 de septiembre de 1985. NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, a través de la cual condenó a Alirio Cáceres Fonseca, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo*... 530

IRA O INTENSO DOLOR. *No es la ira o el intenso dolor la circunstancia que, según el artículo 60 del C. P., permite la disminución de la penà, sino la presencia de alguno de esos estados cuando han tenido origen en un comportamiento ajeno, grave e injusto.*
Sentencia casación. 4 de septiembre de 1985. NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, a través de la cual condenó a Alirio Cáceres Fonseca, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* ... 530

ABOGADO. EJERCICIO DE LA PROFESION. *La solicitud anticipada de práctica de pruebas responde a una prudente expectativa y no constituye, en sí misma y por si sola, ejercicio de la profesión de abogado. La Corte reitera su tesis en autos del 13 de septiembre de 1984 y 28 de agosto de 1985.*
Auto. Unica Inst. 10 de septiembre de 1985. SE ABSTIENE de abrir investigación contra el doctor Armando de Jesús Vergara Cárdenas, Magistrado del Tribunal Superior de Sincelejo, por los delitos de fraude procesal y asesoramiento. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 536

CASACION TECNICA. *Es írrita la demanda cuando los defectos comprenden errores y contradicciones de especial magnitud.*
Sentencia casación. 10 de septiembre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a Diego Vallejo Reyes, Consuelo Silva Ramírez y Pedro Nolasco Vallejo Reyes, por los delitos de falsedad y abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 546

CASACION TECNICA. *Son requisitos generales en técnica de casación: la autonomía porque ninguna causal está sujeta a las resultas de otra o de otras y la no contradicción como principio mínimo de orden técnico jurídico.*
Sentencia casación. 10 de septiembre de 1985. NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Carlos Arturo Osorio Restrepo, por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 551

POLICIA NACIONAL. COMPETENCIA PARA JUZGAR. *La justicia ordinaria es la competente para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, por delitos*

Pág.

comunes cometidos por fuera del servicio o por causas ajenas a éste o de las funciones inherentes al cargo. Pero cuando se juzga, además, un delito sometido a la jurisdicción penal militar, por razón de la conexidad, la competencia es de esta última por virtud de la norma especial.
Sentencia casación. 10 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al agente de la Policía Nacional René Arturo Nieto Bottia, por los delitos de homicidio y abandono del puesto. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 555

ALLANAMIENTO. *No es allanamiento toda penetración de la autoridad a domicilio ajeno, porque cuando el morador accede voluntariamente, la revisión del lugar, carece de esa connotación.*
Sentencia casación. 11 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual condenó a Octavio Medina Herrera, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 562

DICTAMEN PERICIAL. *La omisión de algunos factores convenientes, pero no esenciales, en la identificación pericial no causa inexistencia o desestimación de esa prueba.*
Sentencia casación. 11 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual condenó a Octavio Medina Herrera, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 562

EMPLAZAMIENTO - SU OMISION. *No se desconoce el derecho de defensa del procesado cuando se ha incurrido en alguna irregularidad, como la que se deriva de fijar el edicto por un término menor a diez días, cuando el procesado estuvo debidamente representado por un apoderado de oficio.*
Sentencia casación. 18 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Pamplona que absolvió a Héctor Alfonso Gélvez Flórez, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 570

NULIDADES E IRREGULARIDADES. *Se fija una escala desde las fallas simples hasta las causales de nulidad constitucional que afectan las bases mismas del proceso.*
Sentencia casación. 18 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Pamplona que absolvió a Héctor Alfonso Gélvez Flórez, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 570

CASACION - TECNICA. *La Corte reitera su doctrina para señalar como antitécnica la demanda, cuando se hacen concurrir la violación directa y la violación indirecta, porque una y otra traducen presupuestos y desarrollos bien distintos.*
Sentencia casación. 20 de septiembre de 1985. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Luis Angel Hincapié y Marco Aurelio Betancourt Restrepo, por el delito de Extorsión. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 576

HECHO PUNIBLE - CONCURSO. *Al juzgador incumbe considerar la pluralidad de resultados que produjo el agente con su comportamiento y si llegaron a su consumación o a la simple puesta en peligro del bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta que el error accidental, el error en la persona y el error en el objeto material no*

Pág.

desaparecieron en la legislación colombiana, porque es la parte general la que ofrece solución a esos problemas.
Sentencia casación. 23 de septiembre de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Alvaro Escamilla, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 580

CALIFICACION DEL MERITO DE LA INVESTIGACION. *Es tarea de las instancias emitir la calificación completa, teniendo en cuenta los aspectos objetivo y subjetivo del hecho punible.*
Sentencia casación. 23 de septiembre de 1985. CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Alvaro Escamilla, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 580

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. *Las actas de diligencias judiciales son documentos públicos y la omisión en la firma del secretario en alguna de éstas, no la torna inexistente, pero la aseveración de que intervino, sin que haya asistido corresponde con la descripción legal de falsedad.*
Sentencia Sda. Inst. 24 de septiembre de 1985. CONFIRMA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, a través del cual condenó a Guillermo León León, ex-juez Promiscuo Municipal de Muzo, por el delito de falsedad en documento público. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 590

CONSULTA - EXIGENCIA. *Es útil recomendación para la normatividad penal militar, más que en la ordinaria, la de decantar más agudamente la consulta.*
Sentencia casación. 26 de septiembre de 1985. CASA la sentencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual absolvió al infante de Marina Rómulo Cortés Valderrama, por el delito de abandono del puesto. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 596

CONSULTA - ORDENES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR. *En el procedimiento penal militar se advierten dos grandes órdenes en cuanto a la consulta:*
a) *El de la mención expresa, y*
b) *El de las sentencias, como conclusión de tres procedimientos, para el consejo de guerra verbal que está excluida y para el consejo ordinario de guerra y el procedimiento especial, que se consultan si corresponden a delitos que tengan indicada una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años.*
Sentencia casación. 26 de septiembre de 1985. CASA la sentencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual absolvió al infante de Marina Rómulo Cortés Valderrama, por el delito de abandono del puesto. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 596

ESTUPEFACIENTES. *La exportación de sustancia estupefaciente, en cuanto implica la acción recíproca de importación al territorio de otro estado, configura un solo delito cumplido en dos actos. En el mismo sentido se pronuncia la Corte en concepto del 29 de noviembre de 1983 y 8 de octubre de 1985.*
Concepto. Extrad. 2 de octubre de 1985. FAVORABLE a la extradición de José Antonio Cabrera Sarmiento, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 601

Pág.

EXTRADICION. *De acuerdo con el Tratado celebrado con Estados Unidos, artículo 2°, debe existir similitud entre los delitos atribuidos y su regulación normativa en la legislación penal colombiana.*
Concepto. Extrad. 2 de octubre de 1985. Favorable a la extradición de José Antonio Cabrera Sarmiento, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echjandía* 601

JURADO DE CONCIENCIA - CUESTIONARIO. *No hay desconocimiento del derecho de defensa cuando el cuestionario se ha redactado colocando al procesado como autor material de los hechos y, en cambio, el llamamiento a juicio lo señaló como determinador.*
Sentencia casación. 2 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Luis Angel Valencia Uribe, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* .. 606

PECULADO. *Se tipifica cuando el empleado oficial por virtud de la "disponibilidad jurídica", logra que los bienes pasen a su patrimonio o al de un tercero.*
Sentencia Sda. Inst. 2 de octubre de 1985. CONFIRMA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, a través del cual condenó al doctor Rafael Arturo Correa Suárez, Juez Octavo de Instrucción Criminal, con sede en Málaga, por los delitos de falsedad en documento público y peculado por apropiación. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 610

POLICIA NACIONAL - COMPETENCIA PARA SU JUZGAMIENTO. *Tanto en los períodos de turbación del orden público, como en los de normalidad institucional, es la justicia ordinaria la competente para juzgar a los miembros de la Policía Nacional por razón de delitos comunes cometidos por fuera del servicio, por causas ajenas o en funciones no inherentes al mismo.*
Sentencia casación. 3 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó al agente de la Policía Nacional Luis Héctor Peña Pinilla, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*. Salvamento de voto: doctores *Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria.* 621

EXTRADICION. *El incumplimiento del procesado a la obligación de presentarse ante las autoridades, es en la legislación procesal colombiana una causal para revocar los beneficios concedidos, de acuerdo con los artículos 460 del C. de P. P., 60 y 74 del C. P.*
Concepto. Extrad. 8 de octubre de 1985. FAVORABLE a la extradición de Antonio Cabrera Sarmiento, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*..... 627

FALSEDAD. *Cuando se realiza por torpeza una conducta tipificada como falsedad, no hay ánimo de causar perjuicio y siendo sancionable solo cuando se comete con dolo, es necesario concluir que el agente actuó con carencia absoluta de culpabilidad.*
Auto Sda. Inst. 8 de octubre de 1985. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al doctor Julio Martín Salazar, ex-juez Promiscuo Municipal de Abriaquí (Ant.) por un delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 634

INIMPUTABILIDAD. *Cuando la reconoce el jurado de conciencia. Es categórica la Corte, como en anteriores jurisprudencias, que el jurado de conciencia no puede*

Pág.

convertirse en juez y perito médico-legal para hacer pronunciamientos sobre la inimputabilidad del procesado.
Sentencia casación. 8 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, por los delitos de hurto, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena y lo absolvió por homicidio en grado de tentativa. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*. Salvamento de voto: doctores *Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria* 637

PERITACION MEDICO-LEGAL. *El dictamen del perito no es por sí plena prueba, según el texto expreso de la Ley, que así da plena soberanía al fallador.*
Sentencia casación. 8 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, por los delitos de hurto, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena y lo absolvió por homicidio en grado de tentativa. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*. Salvamento de voto: *doctores Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria* 637

TRANSITO DE LEGISLACION SOBRE COMPETENCIA EN LA LEY 2ª DE 1984. *El artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, evita los naturales traumatismos que se habrían presentado en los procesos en curso al operar el cambio de competencia y no hay, en consecuencia, contradicción la Ley 55 del mismo año.*
Auto. Casación. 15 de octubre de 1985. DECLARA procedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en contra de Mario Ernesto Romero Forero, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*. Aclaración parcial de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 649

EXTRADICION. REQUISITOS SEGUN EL TRATADO CON ESTADOS UNIDOS. *Son requisitos para conceder la extradición, la identidad del solicitado, la doble incriminación, la ausencia de condena en cualquiera de los dos países, que la pena mínima señalada sea superior a dos años, que no se trate de delitos políticos o militares y que la acción no se encuentre prescrita. Sostuvo esta tesis en concepto de 12 de junio de 1985.*
Concepto. Extradición. 17 de octubre de 1985. FAVORABLE, con limitaciones a la extradición de Severo Escobar Ortega, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 655

CULPABILIDAD - EXCLUSION. *La defensa putativa o defensa subjetiva constituye exclusión de la culpabilidad y no causal de justificación.*
Sentencia casación. 24 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Orlando Penna, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda*..... 656

COPARTICIPACION. *Tres son las formas de coparticipación: autor material, determinador y cómplice.*
Sentencia casación. 29 de octubre de 1985. NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a María Luisa Febres Torres, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 665

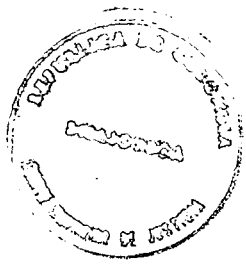
Pág.

ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. PARTICIPACION. *Basta la realización de un solo verbo rector de los once que, como conductas alternativas, señalaba el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 para que se predique la infracción.*

Sentencia casación. 29 de octubre de 1985. NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a María Luisa Febres Torres, por Infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*..... 665

AGRAVACION - CIRCUNSTANCIAS. *Cuando se permite la presentación de una objeción para desvirtuar una agravante específica, el ataque debe dirigirse como violación indirecta de la ley sustancial o como una nulidad* in judicando *por error en la denominación jurídica de la infracción.*

Sentencia casación. 30 de octubre de 1985. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, a través del cual condenó a Juan Bautista Duarte Blanco, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 671



En los talleres editoriales de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
se realizó el diseño e impresión de esta obra.
Bogotá, D. E., abril de 1988